شرح مختصر الطحاوي في الفقه الحنفي

للإمام بهاء الدين علي بن محمد بن إسماعيل بن علي
الإسبيجابي السمرقندي
(٤٥٤ - ٥٣٥هـ)

تحقيق د. عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن
الأستاذ بقسم الشريعة الإسلامية
كلية الآداب والعلوم الإنسانية
بجامعة الملك عبد العزيز بجدة

الجزء الثاني

دار الرياحين
مؤسسة الريان

شرح مختصر الطحاوي
في الفقه الحنفي

الطبعة الأولى ١٤٤٣هـ ـ ٢٠٢١م

ردمك: 9786148011344

دار الرياحين

عمان ـ الأردن

جــــوال: 00962790474491

darlrayaheen.jo@gmail.com

بيروت ـ لبنان

هـاتـف وفـاكـس: 009611660162

جــــوال: 009613602762

dar.alrayaheen@gmail.com

مؤسسة الريان

للطباعة والنشر والتوزيع

بيروت ـ لبنان: 009613207488

ص.ب: 14/5136

الرمز البريدي: 11052020

البريد الإلكتروني: alrayanpub2011@gmail.com

الموقع الإلكتروني: www.alrayanpub.com

شرح مختصر الطحاوي رحمه الله
في الفقه الحنفي

للإمام بهاء الدين علي بن محمد بن إسماعيل بن علي
الإسبيجابي السمرقندي
(٤٥٤ - ٥٣٥ هـ)

تحقيق د. عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن
الأستاذ بقسم الشريعة الإسلامية
كلية الآداب والعلوم الإنسانية
بجامعة الملك عبد العزيز بجدة

الجزء الثاني

مؤسسة الريان
دار الرياحين

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصوم[1]

قال الشيخ الإمام رحمه الله تعالىٰ: قال أبو جعفر رحمه الله تعالىٰ: (**إذا مضىٰ من شعبان تسعة وعشرون يومًا طلب الهلال، فإن رُئِي فقد وجب الصوم، وإن لم يُرَ أكمل ثلاثين يومـًا، ثم يستقبل الصوم**)[2] لقوله عليه الصلاة والسلام: «**صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته، فإن غُمّ عليكم الهلال فأكملوا عدة شعبان ثلاثين يومـًا ثم صوموا**»[3].

[صوم يوم الشك]

ثم يوم الشَّكِّ: هو اليوم الثلاثون من شعبان، وإنما يقع الشك فيه بأحد أمرين: إما أنه لم يُرَ هلال شعبان، فالتبس عليهم أنهم أكملوا شعبان ثلاثين يومـًا أو لم يكملوا، وأما إن اشتبه رؤية هلال رمضان من غير أن يقع الاشتباه في رؤية هلال شعبان.

وصورة الشك: أن يستوي طَرَفَا العلم والجهل، فلا يَتَبَيَّن أحدهما من الآخر؛ لأن الشهر قد يكون ثلاثين يومـًا، وقد يكون تسعة وعشرين يومـًا، ويكره أن يصوم يوم الشك بنية رمضان، لقوله صلىٰ الله عليه وسلم: «**لا تتقدموا هذا الشهر بصوم**

---

(١) الصوم لغة: الإمساك مطلقـًا، يقال: صام الفرس، أي: قام على غير اعتلاف. انظر: المصباح (صوم).

وشرعـًا: «الإمساك عن المفطرات حقيقةً أو حكمـًا، في وقت مخصوص، بنية من أهلها». البناية ٣/ ٢٦١.

(٢) مختصر الطحاوي ص٥٣.

(٣) الحديث أخرجه البخاري (١٨١٠)؛ ومسلم (١٠٨١) وغيرهما.

يوم ولا بصوم يومين، إلاّ أن يوافق صوماً كان يصومه أحدكم قَبْله، صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته ...» الخبر[1]، وليس له أن يصوم يوم الشك بنِيَّةٍواجب آخر، لو صام لا يجوز؛ لجواز أن يكون هذا اليوم من رمضان، فلا يكون قضاء بالشك.

ولو صام يوم الشَّكِّ بنية التطوع، اختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: الأفضل له أن يصوم يوم الشك بنية التطوع، سواء إن كان صائماً قبل ذلك أو ابتدأ الصوم فيه، فإن ظهر أن ذلك اليوم من رمضان كان عن رمضان، وإن لم يظهر يكون تطوعاً، وظاهر الرواية في الجامع الصغير يؤيد هذا القول لأنه قال: (لا يُصام اليوم الذي يشك فيه أنه من رمضانَ إلّا تَطوُّعاً)[2]، أطلق له الصوم بنية التطوع، وهكذا روي عن علي رضي الله عنه: أنه كان يصوم يوم الشك بنية التطوع، وكان يقول: (لأن أصوم يوماً من شعبان أحب إلي من أن أفطر يوماً من رمضان)[3].

[٧٦-أ] وقال بعضهم:/ الإفطار أفضل لقوله عليه الصلاة والسلام: **«من صام يوم الشك فقد عصىٰ أبا القاسم»**[4] وبه كان يفتي محمد بن سلمة إذا استفتاه مُسْتَفْتٍ عن صوم يوم الشك، وكان يضع كوزاً فيه ماء بين يديه ويشرب منه بين يدي المستفتي.

وقال بعضهم: الأفضل أن يفطر إلاّ إذا وافق صوماً كان يصومه قبل ذلك؛ لجواز أن تكون عادته صوم يوم الاثنين، أو صوم يوم الخميس، أو صوم يوم الجمعة فوافق ذلك يوم الشك، حتى أن بعضهم قدروا بصيام ثلاثة أيام قبله فصاعداً.

وقال بعضهم: يصبح يوم الشك مفطراً مُتَلَوِّماً غير آكل ولا عازم على الصوم،

---

(١) أخرجه مسلم (١٠٨٢) وغيره.

(٢) الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٢٢٨.

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ عنه ٤/ ٢١٢؛ والدارقطني في السنن ٢/ ١٧٠؛ والشافعي في مسنده ١/ ١٠٣؛ والبيهقي في الصغرىٰ ٣/ ٢٩٥.

(٤) أخرجه البخاري من قول عمّار قبل حديث (١٨٠٧) وغيره.

فإن تبيَّنَ أن ذلك اليوم من رمضان، عزم على الصوم؛ لأن النية قبل الزوال في صيام رمضان جائزة، وإن لم يتبيَّن أفطر لما روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «**أصبحوا يوم الشك مفطرين متلومين**»[(١)] أي: غير آكلين ولا عازمين على الصوم، إلاّ إذا كان صائماً قبل ذلك فوصل يوم الشَّكِّ به، فلا بأس به، والفتوىٰ على هذا القول.

ولو أن أهل مصر لم يروا الهلال فأكملوا شعبان ثلاثين يوماً، ثم صاموا، وفيهم رجل صام يوم الشك بنية الفرض، ثم رأوا هلال شوال عشية التاسع والعشرين من رمضان، فصام أهل المصر تسعة وعشرين يوماً، وذلك الرجل صام ثلاثين يوماً، فإن أهل المصر قد أصابوا وأحسنوا، وقد أساء ذلك الرجل وأخطأ؛ لأنه خالف السنة، وأهل المصر أصابوا؛ لأن السنة أن يصوموا رمضان برؤية الهلال، أو يعدوا شعبان ثلاثين يوماً، [لا كما صام ذلك الرجل، ولا قضاء عليهم]؛ لما روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: («**الشهر هكذا وهكذا وهكذا**» وأشار إلى جميع أصابع يديه، ثم قال: «**الشهر هكذا وهكذا وهكذا**» وحبس إبهامه في المرة الثالثة)[(٢)]، فعلم أن الشهر قد يكون ثلاثين يوماً، وقد يكون تسعة وعشرين يوماً، [وروي عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه قال: (صُمنا على عهد رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم رمضان تسعة وعشرين يومًا]، أكثر مما صمناه ثلاثين يوماً)[(٣)].

ولو رأىٰ الهلال يوم الشَّكِّ قبل الزوال أو بعد الزوال: فهو لليلة الجائية، ولا

---

(١) هكذا ذكره أصحاب كتب الفقه، كما في مجمع الأنهر ١/ ٣٤٧ وغيره من كتب الحنفية، ولم أجده في كتب الأحاديث (بحسب علمي)، كما أن العيني ذكر الحديث بلفظ: (منظرين متلومين)، ولم يتعرض لتخريجه على غير عادته. انظر بالتفصيل: البناية في شرح الهداية ٣/ ٢٨٤.

«والتَّلَوُّمُ: الانتظار والتَمَكُّث». مختار الصحاح (لوم).

(٢) أخرجه البخاري (١٨١٤، ٤٩٩٦)؛ ومسلم (١٠٨٠).

(٣) أخرجه الطبراني في الأوسط من حديث جابر رضي الله عنه ٥/ ٣٢٥؛ رواه شاهين في ناسخ الحديث ومنسوخه ١/ ٣٤٢، وقال: «صحيح، والمعنىٰ في ذلك، معنىٰ الأول، وليس هذا بناسخ لغيره».

يكون ذلك اليوم من رمضان. في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: إذا رأىٰ قبل الزوال: فهو لليلة الماضية، ويكون ذلك اليوم من رمضان[1].

[جِنْسُ الصِّيَامِ الوَارِدَةِ فِي القُرْآنِ]

ثُمَّ جنس الصيام كله على أحد عشر نوعاً المذكورة منها: في القرآن ثمانية: أربعة منها متتابعة، وأربعة منها صاحبها فيها بالخيار: إن شاء تابع، وإن شاء فرق، وثلاثة لا ذكر لها، ولكن تثبت استدلالاً بالكتاب والسنة.

أما الأربعة المتتابعة فمنها: صوم شهر رمضان: وجب متتابعاً بقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥]، والشهر متتابع بمجاورة الأيام، والصوم متتابع لتتابع الشهر.

ومنها: صوم كَفَّارة الظِّهار[2] وجب متتابعًا بقوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم﴾ إلى أن قال: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ [المجادلة: ٣، ٤].

[ومنها: صوم كفارة القتل: وجب متتابعًا بقوله تعالىٰ: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ ٱللَّهِ﴾ [النساء: ٩٢]].

ومنها: صوم كفارة اليمين وجب متتابعاً بقوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ

---

(١) انظر: شرح المختصر ٢/ ٣٩٩ - ٤٠١.

(٢) «الظهار لغة: مصدر ظاهر امرأته إذا قال لها: أنت عليّ كظهر أمي»، كما في المغرب والمصباح.

وشرعاً: «تشبيه المسلم زوجته، أو ما يعبر به عنها، أو جزءاً شائعاً منها، بمحرمة عليه تأبيداً». اللباب (مع الجوهرة) ٢/ ٨٢، ويأتي الحديث عنه بالتفصيل في بابه.

﴿ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍۚ﴾ [المائدة: ٨٩]، وفي قراءة عبد الله بن مسعود: ﴿فصيام ثلاثة أيام متتابعات﴾، وعند الشافعي: هو بالخيار: إن شاء تابع، وإن شاء فرّق(١).

وأما الأربعة التي صاحبها فيها بالخيار: إن شاء تابع، وإن شاء فرّق؛ فمنها: صوم قضاء رمضان: وجب بقوله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَۚ﴾ [البقرة: ١٨٥]، إن أفطر فعدة من أيام أخر، أطلق ولم يقيد بالتتابع، [فيجري] على إطلاقه.

ومنها صوم فدية الحلق لِلْمُحْرِمِ: وجب بقوله تعالى: ﴿فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍۚ﴾ [البقرة: ١٩٦] وهو ثلاثة أيام: إن شاء تابع، وإن شاء فَرّق؛ لأنه أطلق ولم يقيد بالتتابع.

[ومنها: صوم التمتع: وجب بقوله تعالىٰ: ﴿فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ﴾ إلى قوله تعالىٰ: ﴿فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ فِي ٱلْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْۗ﴾ [البقرة: ١٩٦]، أطلق ولم يقيد بالتتابع].

ومنها: صوم/ جزاء الصيد: وجب بقوله تعالى: ﴿أَوْ عَدْلُ ذَٰلِكَ صِيَامًا﴾ [٧٦-ب] [المائدة: ٩٥] أطلق ولم يقيد.

[الصيام التي لم تذكر في القرآن]

وأما الثلاثة التي هي غير مذكورة في القرآن:

أما أحدها: صوم كفارة الإفطار في شهر رمضان ثبت متتابعاً بالخبر: روي أن أعرابياً جاء إلى رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله، هلكت وأهلكت، فقال: «**ماذا فعلت؟**» فقال: واقعت امرأتي في شهر رمضان نهاراً متعمداً، فقال عليه الصلاة والسلام: «**أعتق رقبة**» فقال: ليس عندي ما أعتق، فقال: «**صُمْ**

(١) انظر: المنهاج ص٥٤٦؛ رحمة الأمة ص ٢٠٣.

شهرين متتابعين»، فقال: لا أستطيع، فقال: «**أطعم ستين مسكينًا**» فقال: لا أجد ما أطعم، فأمر رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم بعَرَقٍ[1] فيه خمسة عشر صاعـًا من تمر فقال: «**خذها وفرقها على المساكين**»، فقال: أعلىٰ أهل بيت أحوج مني، والله ما بين لابتي المدينة أحد أحوج إليه مني ومن عيالي، فقال النبي عليه الصلاة والسلام: «**كلها وأطعم عيالك تجزئك ولا تجزئ أحدًا بعدك سواء**»[2].

والثاني: صوم التطوع وجب بالخبر: روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنه كان يدخل في بعض حجر نسائه فكان يقول: «**هل عندكم من طعام؟**»، فإن قلن: لا، قال: «**نحن صائمون**»[3].

والثالث: صوم النذر وجب بالكتاب والخبر: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَلْيُوفُواْ نُذُورَهُمْ﴾ [الحج: ٢٩]، وأما الخبر: روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «**من نذر أن يطع الله فليطعه، ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصِهِ**»[4]، ثم النذر على ضربين: إما أن يوجب على نفسه صوم شهر بعينه، أو صوم شهر بغير عينه ولا يخلو: أن يوجب على نفسه متتابعـًا، أو متفرقـًا.

أما إذا أوجب على نفسه صوم شهر بعينه، أو أيامـًا بعينها، فإنه يلزمه أن يصوم متتابعـًا، ذكر التتابع أو لم يذكر؛ لأن ذكر التتابع في أيام بعينها لغو، ولو أفطر يومـًا قضىٰ ولا يستقبل.

ولو أوجب على نفسه صوم شهر بغير عينه: إن ذكر التتابع، أو نوىٰ التتابع

---

(١) «العَرَق بفتحتين-: ضفيرة تُنسَجُ من خُوصٍ: وهو المِكتَل والزنبيل، ويقال: إنه يَسَع خمسة عشر صاعًا». المصباح (عرق).

(٢) أخرجه البخاري (١٩٣٦)؛ ومسلم (١١١١) وغيرهما (بلفظ آخر).

(٣) أخرجه النسائي في الكبرىٰ (٢٦٣٩)؛ وفي المجتبىٰ (٢٣٣٠) بلفظ: (إذاً أصوم)؛ وعبد البر في التمهيد ١٢/ ٧٧.

(٤) أخرجه البخاري (٦٣١٨، ٦٣٢٢).

يلزمه متتابعـًا، ولو أفطر يومـًا استقبل، وإن لم يذكر التتابع ولم ينو التتابع فهو بالخيار: إن شاء تابع، وإن شاء فَرَّق.

[تبييت نية الصيام]

قال: (**ثم يحتاج مَنْ عليه الصيام أن ينوي ذلك في ليلة كل يومٍ أو فيما بعدها من ذلك اليوم فيما بينه وبين الزوال**)(١).

الصوم على ضربين: صوم عَين، وصوم دَيْن:

فصوم العين ثلاثة: أحدها: رمضان، والثاني: صوم التطوع، والثالث: صوم النذر في يوم بعينه وما سواها صوم دَيْن.

ثم صوم العين تجوز فيه النية قبل الزوال، ولو نوىٰ من الليل كان أفضل، وصوم الدَّيْن لا تجوز فيه النية إلاّ من الليل.

وقال الشافعي: الصوم على ضربين: فرض، ونفل، فصوم الفرض لا تجوز فيه النية إلاّ من الليل كصوم رمضان، وقضاء رمضان، والكفارات، وصوم النفل تجوز فيه النية قبل الزوال(٢).

ولو نوىٰ بعد الزوال لا يجوز في الصيامات كلها بالإجماع، وإنما تجوز النية قبل الزوال في صوم العين إذا لم يوجد قبل ذلك بعد طلوع الفجر ما يضاد الصوم، وأما إذا وُجِد ما يضاد الصوم مما فيه من الأكل، والشرب، والجماع ناسيـًا كان أو عامداً، فلا تجوز النية بعد ذلك.

---

(١) مختصر الطحاوي ص ٥٣. وجعل السمرقندي «من شرط جواز الصوم، ثلاثة أشياء: النية، والإمساك عن الأكل والشرب، والإمساك عن الجماع في شهر رمضان نهاراً». خزانة الفقه ص٧٩.

(٢) انظر: المهذب ٢/ ٦٠٠؛ المجموع ٦/ ٣٢٥؛ رحمة الأمة ص ٧٦، ٧٧؛ شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٠٣.

وصوم رمضان لا يجوز إلا بالنية: إما من الليل، أو قبل الزوال على ما ذكرنا عند علمائنا الثلاثة، سواء إن كان مقيماً أو مسافراً، وقال زفر: لا يحتاج إلى النية إن كان مقيماً، وإن كان مسافراً لا يجوز إلا بالنية من الليل، ويحتاج إلى تجديد النية لكُلِّ يوم عندنا[١]، وقال مالك: يكفيه نية واحدة من أول الشهر إلى آخره[٢]. وإنما تجوز النية لصوم كل يوم بعد غروب الشمس إلى زوالها من الغد[٣]، ولا تجوز قبل ذلك ولا بعده، حتى أنه لو [نوىٰ] في اليوم الأول أن يكون صائماً في اليوم الثاني، لا يجوز.

والنية: معرفته بقلبه أن يصوم، ولو أُغمي عليه بعد ما غربت الشمس وقد نوىٰ الصيام ثم أفاق في اليوم الثاني، فصومه في اليوم الأول جائز؛ لوجود النية، وصومه في اليوم الثاني/ لا يجوز؛ لعدم النية، وكذلك حكم الجنون والنوم. [٧٧-أ]

وإذا صام بنية التطوع، أو بنية [واجب آخر]، أجزأه عن رمضان، فكذلك إذا نوىٰ الصوم فحسب، يكون عن رمضان، هذا إذا كان مقيماً.

وأما إذا كان مسافراً فكذلك عند أبي يوسف ومحمد، وأما عند أبي حنيفة: إن صامه بنية الواجب يكون عما نوىٰ، وإن صامه بنية التطوع فيه روايتان: في رواية:

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٥٣. وذلك لأنه يخرج من الصوم بدخول الليل، قال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (إذا أقبل الليل من ها هنا، وأدبر النار من ها هنا، وغابت الشمس، فقد أفطر الصائم)، البخاري (١٨٥٣)؛ ومسلم (١١٠٠)، «وإذا خرج من الصوم بالليل، احتاج إلى دخول فيه في اليوم الثاني، والدخول في الصوم، لا يصح إلا بالنية». شرح المختصر ٢/ ٤٠٣.

(٢) انظر: التفريع ١/ ٣٠٣؛ قوانين الأحكام الشرعية ص ١٣٦.

(٣) والأصل في جواز ترك النية في صوم التطوع من الليل: ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما: (أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم كان يصبح ولم يجمع الصوم، فيبدو له، فيصوم)، وروي عن عائشة رضي الله عنها: (أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم، كان ربما دخل عليها فيقول: (هل عندكم شيء؟، فيقولون: لا، فيقول: فإني إذاً صائم)، أخرجه مسلم (١١٥٤) وغيره. انظر: شرح المختصر ٢/ ٤٠٩.

أن يكون عما نوىٰ، وفي رواية: يكون عن الفرض، وعند الشافعي: تعيين النية شرط لجوازه مقيماً كان أو مسافراً(١).

[النية في صيام النذر]

ولو أوجب على نفسه صوم شهر بعينه، أو صوم يوم بعينه، فصام ذلك بنية التطوع، يكون عما أوجب على نفسه(٢)، وروىٰ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أنه يكون عما نوىٰ في الروايات كلها، وعليه قضاء ما نذر، ولا تجب عليه كفارة اليمين إذا نوىٰ به يميناً؛ لأنه صام فبرَّ في يمينه، إلاّ إذا نوىٰ أن يصوم عن غير ما نذر، فعليه القضاء وكفارة اليمين؛ لأنه صام من غير ما نذر(٣).

[فِطْرُ المُسَافِرِ فِي رَمَضَان]

قال: ومن سافر في رمضان قبل الفجر، فله أن يفطر إن كانت مسافة سفر، أي: التي تقصر فيها الصلاة، على ما بَيَّنَّا في كتاب الصلاة(٤).

ومن سافر بعد طلوع الفجر [لم] يفطر بقية يومه ذلك إلاّ من عذر، وإن أفطر من غير عذر كان عليه القضاء دون الكفارة(٥)، وإنما سقطت عنه الكفارة لوجود

---

(١) انظر: المهذب ٢/ ٥٩٨؛ المجموع ٦/ ٣٢١؛ رحمة الأمة ص ٧٦.

(٢) وذكر الفقيه أبو الليث مع صوم النذر «تسعة من الصيامات واجبة: -كفارات صوم شهر رمضان. -وكفارة الظهار. -وكفارة القتل الخطأ. -وكفارة قتل الصيد. -وكفارة الحلق. -وكفارة اليمين. -وصيام المتمتِّع عشرة أيام إذا لم يجد الهدي. -وصوم الاعتكاف الواجب. -وصوم النذر». خزانة الفقه ص٧٩.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص٥٣.

(٤) لقول الله تعالىٰ: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤].

(٥) «وإنما يلزم صوم ذلك اليوم؛ لأنه قد دخل في الجزء الأول منه، فلزمه تصحيحه بصوم باقي آخر النهار؛ لقول الله تعالىٰ: ﴿وَلَا تُبْطِلُوٓاْ أَعْمَٰلَكُمْ﴾ [محمد: ٣٢]، وفي إفطاره إبطال =

الشبهة: وهي السفر في رمضان لا بأس به، والأفضل أن يصوم في سفره إن كان يقدر على الصوم ولا يضعفه الصوم، والأفضل له أن يفطر إن كان يلحقه المشقة[١].

ولو أفطر من غير مشقة لا يكون آثماً، وإنما الكلام في الأفضل، والصوم في السفر عزيمة عندنا، والإفطار رخصة، بخلاف قصر الصلاة للمسافر عزيمة، وقال الشافعي: الإفطار أفضل في أحد قوليه[٢].

[الأَكلُ والشُّرْبُ ناسياً لصَوْمِهِ]

قال: ومن أكل، أو شرب، أو جامع نهاراً ناسياً لصومه، فلا يفسد صومه ولا قضاء عليه عندنا[٣] استحساناً، والقياس: أن يفسد صومه وعليه القضاء، وهو قول مالك[٤] وابن أبي ليلىٰ.

وقال أبو حنيفة في الجامع الصغير: لولا قول الناس لقلت يقضي[٥]، [وروي

= للجزء المفعول من الصوم، أن يكون صوماً شرعيًّا؛ إذ لا يصحّ صوم أوله إلا بصوم باقي أجزائه ...». شرح المختصر ٢/ ٤١١.

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٥٣، ٥٤.

(٢) انظر: المهذب ٢/ ٥٩٠؛ المجموع ٦/ ٢٨٦.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص٥٤. «وذلك لما رُوي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قاله: (إذا صام أحدكم يوماً، فنسي، فأكل وشرب، فَلْيُتِمَّ صومه، فإنما أطعمه الله وسقاه) [البخاري (١٨٣١)؛ ومسلم (١١٥٥)]، وفي رواية: (من أكل ناسياً في شهر رمضان، فلا قضاء عليه، ولا كفارة) [كما في الدارقطني ٢/ ١٧٨؛ والحاكم في المستدرك وصححه ١/ ٤٣، ووافقه الذهبي]، فهذه الآثار تنفي وجوب القضاء على الناسي؛ لأن قوله: (فليتمَّ صومه)، يقتضي أن يكون صومه الأول باقياً حتى يصح إتمامه، ونصَّ في الخبر الآخر: على نفي القضاء». شرح المختصر ٢/ ٤١٣.

(٤) انظر: المدونة الكبرىٰ ١/ ١٨٥؛ قوانين الأحكام الشرعية ص ١٤١.

(٥) نص الجامع الصغير: (رجل أكل أو شرب في رمضان، أو جامع ناسيًا، لا شيء فقط). ص ٢٣٢ (مع الصدر الشهيد).

عنه أنه قال: لو لا خلاف الخبر، لقلت يقضي]، وروي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال للذي أكل وشرب ناسياً لصومه: «**تم على صومك فإنما أطعمك الله وسقاك**»(١).

ولو صبَّ الماء في فم الصائم وهو نائم، فدخل جوفه، فسد صومه وعليه القضاء عند علمائنا الثلاثة، وقال زفر: لا يفسد صومه؛ لأنه أعذر من الناسي، إلا أنا نقول: الخبر ورد في الناسي فلا يقاس عليه غيره، وكذلك النائمة الصائمة إذا جامعها زوجها ولم تنتبه فسد صومها عندنا، وقال زفر: لا يفسد.

ولو أكل شيئاً فقيل له: إنك صائم، وهو لا يتذكر ذلك، ثم علم بعد ذلك، فعليه القضاء في قول أبي يوسف، وفي قول الحسن بن زياد، وزفر: لا قضاء عليه، ولو أن رجلاً أخذ لقمة من الخبز ليأكلها وهو ناسٍ، فلما مضغها تذكر أنه صائم، فابتلعها وهو ذاكر، ذكر في العيون: أن في هذه المسألة أربعة أقاويل للمتأخرين:

قال بعضهم: لا كفارة عليه.

وقال بعضهم: عليه الكفارة.

وقال بعضهم: إن ابتلعها [قبل أن يخرجها] فلا كفارة عليه، وإن أخرجها من

(١) الحديث أخرجه البخاري (١٨٣١)؛ ومسلم (١١٥٥) بلفظ: (إذا نسي فأكل وشرب، فليتم صومه، فإنما أطعمه الله وسقاه). انظر الحديث وألفاظه المختلفة: في الدراية ١/ ٢٧٨.

وذكر الفقيه أبو الليث في «الذي لا يفطر الصائم، ثلاثة وعشرون شيئاً [مع النسيان]: الاحتلام، والحجامة، والسواك، والادّهان، والكحل، والطِّيب، والقيء الذارع، ومضغ العِلك، ومن ذاق شيئاً بلسانه، أو نظر إلى فرج امرأته فأنزل، أو قبَّل ولم ينزل، أو أكل أو شرب أو جامع ناسياً، والافتصاد، ومَن جعل في فرجه دواء، أو طعن برمح في جوفه، أو أصابه سهم، أو استنقع في ماء، أو ابتلع ما بقي بين أسنانه دون الحمصة، والدخان أو الغبار، أو غربلة الدقيق إذا دخل في جوفه». خزانة الفقه ص٨١.

فيه ثم ابتلعها فعليه الكفارة.

وقال بعضهم: إن ابتلعها قبل أن يخرج من فيه فعليه الكفارة، وإن أخرجها [من فيه] ثم أعادها، فلا كفارة [عليه].

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: هذا القول أَصَحُّ؛ لأنه لما أخرجها صارت بحال يعاف منها، وما دامت في فمه فإنه يتلذذ بها(١).

[دُخُولُ الماءِ الحَلْقَ فِي المَضْمَضَةِ والإِسْتِنْشَاقِ]

وإذا تمضمض واستنشق فسبق الماء فدخل حلقه، إن كان ذاكراً لصومه بطل صومه، وعليه القضاء، وإن لم يكن ذاكراً لصومه فلا يفسد صومه، وهذا في قول علمائنا، وقال ابن أبي ليلىٰ: إن كان الوضوء للصلاة المكتوبة فصومه تام، وإن كان الوضوء لصلاة التطوع فصومه ينتقض، وقال الشافعي: لا يفسد صومه في الفريضة والتطوع جميعاً(٢).

[٧٧-ب] وقال بعضهم: إذا تمضمض ثلاث/ مرات فدخل الماء حلقه، لم ينتقض صومه، وإن كان أكثر من ذلك انتقض صومه.

ولو دخل الذباب حلقه لا يفسد صومه، ولو أخذه وأكله [يفسد صومه]، ولو كان بين أسنانه شيء فدخل حلقه كذلك لا يفسد صومه، ولو أكله متعمداً [لا] يفسد أيضاً، هكذا ذكر في الجامع في الذي بقي بين أسنانه لحم فأكله متعمداً لا قضاء عليه ولا كفارة(٣)، ولم يفصل بين القليل والكثير، وقيل: هذا إذا كان قليلاً، وأما إذا كان كثيراً مثل الحِمِّصَة فصاعداً، فإنه يفسد صومه.

---

(١) انظر: شرح المختصر ٢/ ٤١١ - ٤١٤.

(٢) قال النووي: «ولو سبق ماء المضمضة أو الاستنشاق إلى جوفه، فالمذهب: أنه إن بالغ، أفطر، وإلا فلا». المنهاج ص١٨١. انظر: المهذب ٢/ ٦٠٩؛ رحمة الأمة ص٧٩.

(٣) انظر: الجامع الصغير مع الشرح الشهيد ص٢٣٣، ٢٣٤.

ذكر الاختلاف بين أبي يوسف وزفر: في قول أبي يوسف: عليه القضاء ولا كفارة، وفي قول زفر: عليه القضاء والكفارة، ولو كان أقل من الحمصة لا يفسد صومه بالاتفاق(١).

[الأَكْلُ نَاسِيًا ثُمَّ مُتَعَمِّداً]

وإذا أكل أو شرب ناسيًا، ثم أكل بعد ذلك متعمداً، قال في ظاهر الرواية: إذا أكل أو شرب أو جامع [ناسيًا] فَظَنَّ أن ذلك يفطره، ثم أكل بعد ذلك متعمداً، فعليه القضاء ولا كفارة(٢). وروىٰ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أنه لا كفارة عليه ويلزمه القضاء، [سواء] إن كان عالمـاً أن صومه لم يفسد أو جاهلاً به. وروي عن أبي يوسف ومحمد أنهما قالا: إن كان جاهلاً فكذلك، وإن كان عالمـاً بالخبر وبلغه خبر الناسي، ثم أكل بعد ذلك متعمداً، فعليه القضاء والكفارة.

[الصائم يحتجم ثم يأكل متعمداً]

ولو أنه احتجم ثم أكل بعد ذلك متعمداً إن كان عالمـاً بالخبر وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «**أفطر الحاجم والمحجوم**»(٣) فأفطر [متأولاً] بالخبر، أو استفتىٰ

---

(١) انظر: الهداية ١/ ٣١١.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٥٧. «وذلك لأن الأكل لو وقع عمداً، فطَّره، فقد يشتبه مثله على بعض الناس، فيظن أن الأكل ناسيـاً يفطره، وهو القياس أيضـاً عندنا، فصار ذلك شبهة في سقوط الكفارة؛ إذ كانت كفارة شهر رمضان تسقطها الشبهة.

ولو كان الرجل عالمـاً بأنه لم يفطره، ثم أكل متعمداً، وجبت عليه الكفارة»، كما قال الجصاص في شرحه ٢/ ٤٦٣.

(٣) «رواه البزار والطبراني في الأوسط، وفيه الحسن وهو مدلس، ولكنه ثقة». كما قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٣/ ١٦٩.

فقيهاً فأفتاه بالخبر، فلا تجب عليه الكفارة، وإن كان جاهلاً بالخبر ولم يستفت فقيهاً، فعليه القضاء والكفارة.

وإن اغتاب إنساناً ثم أكل بعد ذلك متعمداً، فعليه القضاء والكفارة، وإن أول الحديث فيه؛ لأنه أوَّل في غير موضعه.

[الجماع ناسياً]

ولو جامع امرأته ناسياً لصومه فتذكر وانتزع من وقته، أو طلع الفجر وهو مخالط لأهله فانتزع من ساعته، قال محمد فيهما: لا يفسد صومه ولا قضاء عليه[١].

وقال زفر فيهما جميعاً: فسد صومه وعليه القضاء.

وقال أبو يوسف في الناسي كما قال محمد، وفي الذي طلع الفجر عليه كما قال زفر، ولو لم ينتزع وأتمَّ الجماع بعد التذكر، فسد صومه وعليه القضاء.

وروىٰ الحسن بن زياد في المسألتين جميعاً: أنه لا يفسد صومه، كما قال محمد: هذا كله في فصول النسيان[٢].

---

(١) انظر: الهداية ١/ ٣٠٩.

(٢) وجمع أبو الليث فيما يلزم فيه القضاء دون الكفارة للتعمد: «اثني عشر شيئاً، إذا تعمد ذلك، لزم القضاء دون الكفارة: ١- الجماع فيما دون الفرج. ٢-٣- وابتلاع الحصاة والنواة. ٤- الاستقاء عمداً. ٥- والسعوط. ٦- والوجور. ٧- والحقنة. ٨- والإقطار في الأذن. ٩- ومداواة الجائفة بدواء رطب. ١٠- والإقطار في الإحليل عند أبي يوسف رحمه الله. ١١ - ١٢- ومن لم ينو الصوم، ثم أكل، أو شرب، أو جامع، يلزمه القضاء عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن فعل ذلك قبيل الزوال، يلزمه القضاء والكفارة، وإن فعل بعد الزوال، لزمه القضاء دون الكفارة». خزانة الفقه ص٨١. انظر: فتاوىٰ قاضيخان ١/ ١٩١.

[جماع الصائم متعمداً]

وأما في فصول العمد إذا جامع امرأته في نهار رمضان متعمداً، يلزمه القضاء والكفارة بالإجماع[1]، وكذلك يجب على المرأة إذا كانت هي طاوعته، وإن كانت مكرهة فلا كفارة عليها، وعلى الرجل الكفارة، وقال الشافعي: لا كفارة على المرأة وإن طاوعته[2].

ولو جامع في الدبر روىٰ الكرخي في مختصره عن أصحابنا: أنه يجب عليه القضاء والكفارة، وجعله كالجماع في الفرج، وفي وجوب الحد إذا كان في الأجنبية اختلاف ظاهر: في قول أبي حنيفة: لا يجب الحد، وفي قولهما: يجب.

ولو أتىٰ بهيمة فأنزل، فعليه القضاء دون الكفارة، وإن لم ينزل فلا يفسد صومه بالإيلاج، بخلاف الإيلاج في أحد السبيلين من بني آدم إن توارت الحشفة، وجبت عليه الكفارة أنزل أو لم ينزل، ولو جامع فيما دون الفرج، إن أنزل فعليه القضاء ولا كفارة عليه، وإن لم ينزل فلا يفسد صومه، وحكمه حكم المَسِّ[3].

[الأكل والشرب متعمِّداً]

ولو أكل أو شرب في نهار رمضان متعمداً، فَسَد صومه وعليه القضاء والكفارة

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٥٤.

وذلك لما روي: (أن رجلاً قال: جامعت أهلي، فأمره النبي صلىٰ الله عليه وسلم بالكفارة) [البخاري (١٨٣٤)؛ ومسلم (١١١١)]، ووضح ذلك في حديث الأعرابي، كما في الصحيحين، «لمّا كانت هذه الكفارة مستحقة بالمأثم، اعتبرنا الذي استحقه بالجماع» شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٤١٦.

(٢) هذا هو القول الأصح، فيجب عليه كفارة واحدة، خاصة عن نفسه فقط. كما قال النووي في المجموع ٦/ ٣٧٧. انظر: المهذب ٢/ ٦١١؛ رحمة الأمة ص ٧٨.

(٣) انظر: الهداية ١/ ٣١٢، ٣١٣.

عندنا[١]، وقال الشافعي: عليه القضاء ولا كفارة[٢]، هذا إذا أكل شيئًا يؤكل للغذاء أو للدواء، أو شرب شراباً يقصد إليه للغذاء أو للدواء.

فأما إذا أكل شيئاً لا يقصد إليه للغذاء ولا للدواء، فعليه القضاء ولا كفارة، كما إذا أكل حجراً، أو مدراً، أو حشيشاً، [أو خشبة]، أو ما أشبه ذلك.

ولو أكل مِسْكاً، أو غالية، أو زعفراناً، أو [إهليلجة، أو] لوزة صغيرة، أو [حدجة]، عليه القضاء والكفارة؛ لأن [هذه مما] يؤكل إما للغذاء أو للدواء[٣].

[٧٨-أ] ولو أكل/ جوزة رطبة، فعليه القضاء ولا كفارة، ولو أكل الطين، فعليه القضاء ولا كفارة، إلا أن يأكل من طين الأرمني، فعليه القضاء والكفارة، هكذا روي عن محمد، وروي عن محمد: فيمن تناول سِمْسِمَة فأكلها قال: فطرته، ولم يذكر أن الكَفَّارة تجب أو لا، واختلف المشايخ فيه: قال محمد بن مقاتل الرازي: [إن] عليه القضاء والكفارة، وقال أبو القاسم الصّفار: عليه القضاء ولا كفارة، وروي عن أبي يوسف، فيمن أخذ سكَّرة بفمه في رمضان متعمداً حتى دخل الماء حلقه، قال:

---

(١) وذلك لما روىٰ سعيد بن المسيب: أن رجلًا أتىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم فقال: (إني أفطرت يوماً في شهر رمضان! فقال: أعتق رقبة ... إلى آخر الحديث). أخرجه مالك في الموطأ مرسلاً (٢٨)؛ وأخرجه أبو داود (٢٣٩٣)؛ والدارقطني ٢/ ١٩٠ مسنداً عن أبي هريرة رضي الله عنه.

«فلما لم يسأله النبي صلىٰ الله عليه وسلم عن الجهة التي بها وقع الإفطار، صار ذلك بمنزلة عموم لفظٍ من النبي صلىٰ الله عليه وسلم في إيجاب الكفارة بكل ما يوجب الإفطار، إلا ما قام عليه دليله»، وكذا: «لمّا كانت هذه الكفارة متعلقة بالمأثم، وكان مأثم الأكل مثل مأثم الجماع، وجب أن يكون عليه من الكفارة مثلما على المجامع، فكان اعتبار ذلك اولىٰ من اعتبار الإيلاج في أحد السبيلين». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٤١٥، ٤١٧.

(٢) انظر: المهذب ٢/ ٦١٠؛ المنهاج ص١٨٥؛ رحمة الأمة ص ٧٨.

(٣) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ١٨٨.

عليه القضاء والكفارة[1]، وإن أكل دقيقاً فعليه القضاء ولا كفارة، [هكذا روي عن أبي يوسف، وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالىٰ؛ لأنه لا يؤكل عادة، وقال محمد: عليه القضاء والكفارة، وإن أكل العجين، فعليه القضاء ولا كفارة][2]، وإن أكل الحنطة فعليه القضاء والكفارة، [ذكر هذه المسألة في العيون، وذكر في العيون رواية عن محمد أنه قال: إذا أكل الدقيق فعليه القضاء والكفارة، وإن أكل العجين فعليه القضاء ولا كفارة]، وإن أكل ورق الشجر إن كان مما يؤكل، فعليه القضاء والكفارة، وإن كان مما لا يؤكل، فلا كفارة [عليه]، وعليه القضاء.

[لو غلبه الدم أو البزاق]

ولو خرج من أسنانه دم ودخل حلقه أو ابتلعه، إن كانت الغلبة للدم ينقض صومه، وعليه القضاء ولا كفارة، وإن كانت الغلبة للبُزَاقِ، فلا شيء عليه، [وإن كانا سواء، القياس: أنه لا يفسد صومه، وفي الاستحسان: يفسد احتياطًا][3].

[مَا يُفْسِدُ الصَّوْمَ ولا كَفَّارَة]

وإن أكل الميتة، إن كانت الميتة قد دَوَّدت وأنتنت، فعليه القضاء ولا كفارة، وإن كانت غير ذلك، فعليه القضاء والكفارة، وإن أكل لحماً غير مطبوخ [فعليه القضاء والكَفّارة، ولو أكل شَحْمًا غير مطبوخ] قال بعضهم: لا كفارة عليه، وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالىٰ: عليه القضاء والكفارة كاللحم المطبوخ.

---

(١) في م: (لا يفسد صومه، وهذه المسألة مذكورة في الفتاوىٰ)، والصحيح المثبت كما في البدائع ٢/ ٩٩.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

(٣) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ١/ ١٨٤.

ولو أخرج البُزَاقَ من فيه ثم ابتلعه، عليه القضاء ولا كفارة، وكذلك إذا ابتلع بُزَاق غيره؛ لأن هذا ما يعاف منه، فصار كما إذا أكل المدرة.

ولو أدخل إصبعه في دبره، قال بعضهم: يفسد صومه، وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالىٰ: لا يفسد صومه؛ لأن الإصبع ليست بآلة للجماع، فصار كالخشبة.

وروي عن محمد: في رجل أدخل خشبة في دبره، إن كان طرفها خارجًا، لا يفسد صومه، وكذلك إذا ابتلع خيطاً وطرفه خارج في يده ثم أخرجه، فلا شيء عليه، ولو ابتلعه كله فعليه القضاء. ذكر هذه المسائل في الفتاوىٰ(١).

[الكَفَّارَاتُ أَرْبَعَةٌ]

قال: (**والكفارة في ذلك: عتق رقبة يجزئ فيه المؤمن وغير المؤمن**)(٢).

الكفارات أربعة: كفارة الإفطار في شهر رمضان، وكفارة الظِّهَار، وكفارة القتل، وكفارة اليمين.

ثم كفارة الظهار وكفارة الإفطار واحدة: عتق رقبة مؤمنة أو كافرة إن قدر عليها، وإن لم يقدر على ذلك، فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً: كل مسكين نصف صاع من حنطة، أو صاعـًا من شعير، أو صاعـًا من تمر على ما بَيَّنَّا في صدقة الفطر، ويجوز طعام الإباحة فيه(٣).

وفي كفارة القتل: عتق رقبة مؤمنة، ولا يجوز فيها الكافرة، فإن لم يجد فصيام

---

(١) فتاوىٰ النوازل ص١٥١.

(٢) مختصر الطحاوي ص٥٤.

(٣) وذلك لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم، أنه قال للرجل الذي قال: جامعت أهلي في شهر رمضان: (أعتق رقبة)، قال: لا أجد، قال: (صُم شهرين متتابعين)، قال: لا أستطيع، قال: (أطعم ستين مسكيناً) [البخاري (١٨٣٤)؛ ومسلم (١١١١)].

شهرين متتابعين ولا إطعام فيه[١].

وكفارة اليمين: إذا كان موسراً يُخَيَّر بين ثلاثة أشياء: عتق رقبة، أو إطعام عشرة مساكين، أو كسوتهم على ما ذكر باقي كتاب الأيمان، فإن عجز عن هذه الأشياء الثلاثة، فصيام ثلاثة أيام متتابعات[٢]، وإنما يعتبر في حالة [المُكَفِّرِ] في جميع الكفارات وقت الأداء، ولا يعتبر وقت وجوبها، فإن كان وقت الأداء موسراً، فلا يجزئه الصيام، وإن كان معسراً وقت الأداء، يجزئه الصيام وإن كان موسراً وقت الوجوب.

[تَعَدُّدُ الكَفَّارَةِ]

ولو أفطر[٣] في شهر رمضان مراراً، إن كان في يوم واحد، يلزمه كفارة واحدة بالإجماع، وإن كان في رمضانين، يلزمه لكل يوم كفارة بالإجماع، [وروىٰ الطحاوي عن أبي حنيفة: تلزمه كفارة واحدة]، ولو كان في رمضان واحد فأفطر[٤] في يوم ثم في يوم آخر، إن كَفَّرَ للأول تلزمه كفارة أخرىٰ بالإجماع، وإن لم يُكَفِّرْ الأول قال أصحابنا: تكفيه كفارة واحدة[٥]، وقال الشافعي: تلزمه كفارتان: لكل يوم كفارة على حدة[٦].

---

(١) كما ذكر في الآية: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا ۚ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟ ۚ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ۖ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ۖ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ ٱللَّهِ ۗ وَكَانَ ٱللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ سورة النساء: ٩٢.

(٢) انظر: مختصر القدوري (مع الترجيح) ص٥٠٦.

(٣) في م (ولو جامع)، والمثبت يدل عليه عبارة الطحاوي في مختصره ص ٥٤.

(٤) في م (فجامع).

(٥) انظر: مختصر الطحاوي ص٥٤.

(٦) انظر: المهذب ٢/ ٦١٤؛ المنهاج ص١٨٥؛ رحمة الأمة ص ٧٨.

[استحقاق الكفارة بعد العتق]

ولو أفطر في يوم ووجبت عليه الكفارة، فأعتق لذلك رقبة، ثم أفطر في يوم آخر وأعتق له رقبة، ثم استحقت الرقبة الأولىٰ، فإن الرقبة الثانية تكون عنهما جميعـًا، ولو استحقت الرقبة الثانية، فعليه أن يعتق مكانها أخرىٰ؛ لأنه بطل إعتاقه فصار كأنه لم يعتق، وكذلك لو أفطر في اليوم الثالث وأعتق له رقبة، ثم استحقت الثالثة، فعليه أخرىٰ، ولو استحقت، الثانية/ أيضـًا، فعليه أخرىٰ للثانية والثالثة. [٧٨-ب]

ولو استحقت الأولىٰ ولم تستحق الثانية، فالثالثة تكون عنهما جميعـًا، وكذلك على هذا القياس تجزئ الرقبة عما قبلها، ولا يجزئ عما بعدها.

[فِي قُبْلَةِ الصَّائِم زوجَتَه]

قال: (**وللصائم أن يقبّل زوجته ومملوكته ما لم يخف على نفسه ما سوىٰ ذلك**)[١]: وهو الجماع والإنزال، وإن كان لا يأمن على نفسه يكره له ذلك، إلاّ أنه لا يفسد صومه[٢] حتى يجامع أو ينزل.

فإن قَبَّلَها أو مَسَّهَا بشهوة فأنزل، يجب القضاء ولا كفارة عليه[٣]، وكذلك لو

---

(١) مختصر الطحاوي ص٥٤.

(٢) ولما روي عن عائشة رضي الله عنها، أنها قالت: (أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم كان يقبِّلُ وهو صائم)، وقالت عائشة: (وكان أملككم لأربه)، [البخاري (١٨٢٦)؛ ومسلم (١١٠٦)]. انظر الأدلة بالتفصيل: شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٤٢٦ - ٤٣٠.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص٥٤. وإنما لزمه القضاء؛ لما روي عن ميمونة بنت عتبة: (أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم سئل: عن رجل قبَّلَ امرأة وهما صائمان، قال: هذا فطر)، أخرجه أحمد في المسند ٦/ ٤٦٣؛ وابن أبي شيبة في المصنف ٢/ ٣١٦؛ والدارقطني ٢/ ١٨٣؛ والطحاوي في شرح معاني الآثار ٢/ ٨٨؛ وضعفه العظيم آبادي في التعليق المغني.

«وأيضـًا: فإن الإنزال لمَّا حصل عن مباشرة، وجب أن يفسد الصوم، كالجماع فيما يدون الفرج، ولا تجب الكفارة؛ لأن مأثمه دون مأثم المجامع في الفرج، فلم تجب فيه =

جامعها فيما دون الفرج، وكذلك إذا أنزلت المرأة، عليها القضاء لا غير.

ولو نظر إلى امرأة فأمنىٰ، فعليه الغسل، ولا يفسد صومه، وكذلك إذا احتلم في نهار رمضان لا يفسد صومه، وقال محمد بن سلمة: يفسد صومه وعليه القضاء، وهو اختيار الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالىٰ(١)؛ [لأنّه لم يوجد الجماع بعد طلوع الفجر، لا صورة ولا معنًى].

وروي عن محمد: في رجل أولج في امرأته قبيل الصبح، ثم خشي الصبح فانتزع منها، فأمنىٰ بعد الصبح، قال: لا يفسد صومه وهو بمنزلة الاحتلام. ذكر المسألتين في الفتاوىٰ.

[مَنْ أَكَلَ ظَنًّا أَنَّه بِلَيْلٍ]

قال: (**ومن أكل وهو يرىٰ أنه في ليل ثم علم أنه كان في النهار، كان عليه القضاء ولا كفارة عليه**)(٢).

هذه المسألة تضمنت فصولاً خمسة: أحدها: أنه يفسد صومه، والثاني: عليه القضاء، والثالث: أن [لا كفارة](٣) عليه، والرابع: أنه يمسك بقية يومه تشبهاً بالصائمين، والخامس: أنه إذا أكل بعد ذلك لا كفارة عليه.

وكذلك لو أكل على حسبان أن الشمس قد غابت ثم تَبَيَّنَ أنها لم تغب فهي على هذه الفصول، ولو شكّ في طلوع الفجر فالأفضل له: أن لا يَتَسَحَّر، ولو

= الكفارة». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٤٣٠.

(١) انظر: خزانة الفقه ص٨٠.

(٢) مختصر الطحاوي ص ٥٤. «والأصل في ذلك: أن كلَّ مُفطِرٍ معذور، فعليه القضاء، ولا كفارة عليه، والدليل عليه: أن المسافر والمريض، لما عَذرهما الله تعالىٰ في الإفطار، أوجب عليهما القضاء، ولم يوجب الكفارة، ويمسك بقيَّة يومه». شرح المختصر ٢/ ٤٣١.

(٣) في المخطوطة (أن الكفارة عليه)، والمثبت ما يدل عليه السياق. انظر: شرح المختصر ٢/ ٤٣١.

تَسَحَّرَ مع الشك لا يفسد صومه ولا قضاء عليه؛ لأنه تَيَقَّنَ بالليل وشَكَّ في النهار، والأصل أن اليقين لا يترك بالشك، إلاّ إذا تَسَحَّرَ وأكبر رأيه أن الفجر طالع وقت السحور، فأحب إلينا أن يقضي. هكذا ذكر في كتاب الصوم(١).

[الصَّائِمُ أَفْطَرَ وهُوَ شَاكٌّ فِي الغُرُوْبِ]

ولو أفطر وهو شَاكٌّ في غروب الشمس يلزمه القضاء، واختلف مشايخنا في وجوب الكفارة: قال بعضهم: تجب الكفارة؛ لأنه تيقن بالنهار وشَكَّ في الغروب، وقال: وكان الشيخ الإمام يقول: عليه القضاء دون الكفارة؛ لأنه قصد بذلك إقامة السنة، وهذا إذا تبين له بعد ذلك أن الشمس لم تغب: إما باليقين، أو بأكبر الرأي، وأما إذا لم يتبين [فلا كفارة] عليه(٢).

[حجامة الصائم]

قال: (**ولا بأس بالحجامة(٣) للصائم**)(٤)، وكذلك الفصد لما روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم (أنه رخص للصائم أن يحتجم)(٥)، ويستحب له أن يفعل ذلك في آخر النهار إن كان يخاف على نفسه أن يضعفه، حتى أنه لو أضعفه يقع

---

(١) انظر: الهداية ١/ ٣٢٧.

(٢) انظر: الهداية ١/ ٣٢٧.

(٣) «الحجامة من حجم المريض، أي: عالجه بالحجامة: وهي امتصاص الدم بالمِحجم»، المعجم الوسيط (حجم).

«والفَصْد من فَصَد العِرْق فصداً وفِصاداً: شقّه، ويقال: فصد المريضَ: أخرج مقداراً من دم وريده بقصد العلاج»، المعجم الوسيط (فصد).

(٤) مختصر الطحاوي ص ٥٤.

(٥) أخرجه الدارقطني في السنن من حديث أنس بن مالك، وقال: «كلهم ثقات، ولا أعلم له علة» ٢/ ١٨٢؛ وكذا من حديث أبي سعيد وقال: «كلهم ثقات، ورواه الأشجعي أيضًا وهو من الثقات» ٢/ ١٨٢. انظر الأدلة: شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٤٣٢ - ٤٣٧.

إفطاره بعد غروب الشمس.

قال: وإذا خافت الحامل أو المرضع على ولديهما، إن شاءتا أفطرتا، وعليهما القضاء ولا طعام عليهما مع القضاء، وهذا عندنا[١]، وقال الشافعي: عليهما القضاء والفداء[٢].

[الإِفْطَارُ بِعُذْرٍ فِي رَمَضَان]

ومن أفطر في شهر رمضان بالعذر: كالمرض، والسفر، والحيض وغيرها، إن كان قادراً على القضاء يلزمه القضاء لا غير[٣]، ولا يجزئه الإطعام إذا كان يرجىٰ له القدرة على الصوم في المستقبل، وإن عجز عن الصوم وأيس عن القدرة عليه في المستقبل، حينئذٍ يجزئه أن يطعم عن كل يوم: نصف صاع من حنطة على ما ذكرنا في صدقة الفطر، وذلك مثل الشيخ الفاني، والعجوز الكبيرة التي لا تقدر على الصوم، ولا يرجىٰ لها القدرة على الصوم[٤].

[الصيام التي لا يجوز الإطعام عنها]

فلو كان عليه صوم كفارة يمين، أو صوم كفارة القتل، فعجز عنه وصار شيخاً

---

(١) مختصر الطحاوي ص٥٤.

(٢) انظر: المنهاج ص١٨٤؛ رحمة الأمة ص ٧٥.

(٣) وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٥].

(٤) وقد وضّح الطحاوي المسألة بقوله: «ومن كبر فعجز عن الصوم، ويئس من القدرة عليه في المستأنف، أفطر وأطعم عن كل يوم مسكيناً، مثل الذي يطعمه عن نفسه في صدقة الفطر» ص٥٤.

وذلك لما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه في قوله تعالىٰ: ﴿وَعَلَى ٱلَّذِينَ يُطِيقُونَهُۥ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ﴾ [البقرة: ١٨٤]: (أنه الشيخ والشيخة)، البخاري (٤٢٣٥). انظر: أحكام القرآن للمؤلف ١/ ١٧٦.

فانياً، فأراد أن يطعم عنه، لم يجز.

والأصل فيه: أن كل صوم إذا كان أصلاً بنفسه ولم يكن بدلاً عن غيره، جاز الإطعام بدلًا عنه إذا وقع اليأس عن الصوم، وكل صوم كان بدلاً عن غيره ولم يكن أصلاً بنفسه، لم يجز الإطعام.

وإن وقع اليأس عن الصَّوم، والصوم في كفارة اليمين [والقتل] بدلاً عن غيره، فلا يجزئ الإطعام عنه، وأما في كفارة الظهار، وكفارة الإفطار في شهر رمضان
[٧٩-أ] إذا عجز عن الإعتاق بعسره، أو عجز عن الصوم/ لكبره، جاز له أن يطعم ستين مسكيناً؛ لأن هذا صار بدلاً عن الصيام بالنص(١)، والإطعام في كفارة اليمين ليس بدلاً عن الصيام، وإنما الصيام بدل عنه.

[موت من وجب عليه القضاء]

ومن أفطر في شهر رمضان لعذر ووجب عليه القضاء، ثم أدركه الموت قبل الصيام، فإنه ينظر: إن مات قبل زوال العذر الذي أبيح له الإفطار لأجله، فليس عليه القضاء؛ لأنه لم يدرك وقت فرضه(٢): وهي عدة مِن أيام أخر، وإن أوصىٰ أن يطعم عنه صحت وصيته، وإن لم يجب عليه ذلك، ويطعم من ثُلُثِ ماله لكل يوم نصف صاع من حنطة، وإن مات بعد زوال العذر وأدرك جميع المدة، ولكنه فَرَّطَ في أدائها ولم يقض حتى مات، وجب عليه القضاء في ذمته، فإن أوصىٰ أن يطعم عنه، أطعم عنه من بيت ماله لكل يوم نصف صاع من حنطة، وإن مات من غير وصية فلا يجبر ورثته على الإطعام عنه، إلاّ إذا تبرع ورثته عنه وهم من أهل التبرع.

---

(١) «لما كان ميؤوساً منه الصوم مع بقاء التكليف عليه، صار كالذي عليه قضاء شهر رمضان، فيموت قبل أن يقضيه، فتكون عليه الفدية». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٤٤٠.

(٢) في م (قضائه).

ولو زال عنه العذر وقدر على قضاء البعض دون البعض، فإنه ينظر: إن قضىٰ فيما قدر ولم يفرط فيها حتى مات، فلا يلزمه قضاء ما بقي؛ لأنه لم يدرك في وقت قضائه إلاّ قدر ما قضىٰ، وإن لم يقض فيما قدر حتى مات، وجب عليه قضاء الكل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن ما قدر يصلح فيه قضاء اليوم الأول واليوم الأوسط [واليوم] الآخر، فلما قدر على أداء البعض فكأنه قدر على أداء الكل، ولم [يصم]، وليس كذلك إذا صام فيما قدر؛ لأن الصوم تعين له اليوم؛ من حيث لا يصلح فيه قضاء يوم آخر.

وقال محمد: لا يلزمه إلا مقدرا ما قدر عليه؛ لأنه قد أدرك مقدار ذلك فلا يلزمه غيره[1]، ولم يذكر الاختلاف في المبسوط، وأجاب على الاتفاق مثل قول محمد، والطحاوي ذكر الاختلاف بينهم[2].

والمريض الذي يباح له الإفطار: (الذي يخاف أن تزداد عيناه وجعاً، أو حُمَّاه تشتد)[3]، هكذا ذكر في ظاهر الرواية والطحاوي أيضاً، وذكر الكرخي في

---

(١) قال الجصاص: «هذا الخلاف الذي ذكره، لا نعرفه عنهم، بل المشهور من قولهم جميعاً: أنه لا يلزمها إلا قضاء ما أدركت من الأيام.

ووجه ذلك: أن الله تعالىٰ لمّا أعذر هؤلاء في الإفطار، ألزمهم القضاء في أيام أخر بقوله: ﴿فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾، فمن لم يلحق العدة، لم يلزمه، كمن مات قبل مجيء شهر رمضان، ومقدار ما أدرك من العدة، قد ثبت في ذممهم، فلزمه القضاء». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٤٥٥.

وأوجز ذلك القدوري بقوله: «... وإن صَحَّ المريض، أو أقام المسافر، ثم ماتا، لزمهما القضاء بقدر الصحة والإقامة». مختصر القدوري (مع الترجيح) ص١٣٥.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ٥٥.

(٣) وتكملة العبارة: «... إن صام في رمضان، أفطر وقضىٰ» ص٥٥.

وذلك لقول الله عز وجل: ﴿وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٥]، يقتضي ظاهر إباحة الإفطار لكل مريض، إلا أنه قد اتفق أهل العلم: على أن المريض الذي لا يضر معه الصوم، ألاّ يبيح الإفطار، فخصصناه من الظاهر، وبقي =

مختصره: أن المريض الذي يباح له الإفطار: من يخاف الموت، أو زيادة العلة كائناً ما كانت العلة، وروي عن أبي حنيفة: أنه إذا كان بحال يباح له الصلاة قاعداً، فلا بأس بأن يفطر.

[بُلُوْغُ الصَّبِيِّ، وطَهَارَةُ الحَائِضِ أَثْنَاءَ نَهَارِ رَمَضَان]

قال: **(ومن بلغ من الأطفال، أو أسلم من الكفار في يومٍ من شهر رمضان، أمسك بقية يومه)**[1].

جملة هذه المسائل أن تقول: إذا بلغ الصبي، أو أسلم الكافر، أو طهرت الحائض أو النفساء، أو أفاق المجنون، أو برئ المريض، أو أقام المسافر في يوم من شهر رمضان، فحكم هؤلاء كلهم في الإمساك عن المفطرات سواء[2]، ولو عزموا على الصوم، فحينئذٍ يختلف حكمهم:

أما الحائض والنفساء إذا طهرتا بعد طلوع الفجر، فلا يجزئهما صوم ذلك اليوم، لا عن فرض ولا عن نفل؛ لأن الحيض والنفاس ضد الصوم كالأكل

= حكم اللفظ فيما عداه». شرح الطحاوي ٢/ ٤٤٧.

(١) مختصر الطحاوي ص ٥٥.

(٢) وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهۡرَ فَلۡيَصُمۡهُۖ﴾ [البقرة: ١٨٥]، ومعلوم أن المراد: شهود بعض الشهر بالتكليف؛ لأنه لو كان المراد: شهود جميع الشهر، لمَا لزمه صوم شهر رمضان إلا في شوال، فثبت أن شرط لزوم الصوم، شهود بعض الشهر.

ويمسك في ذلك اليوم وإن كان مفطراً؛ لأن الإسلام والبلوغ لو كانا موجودين في أول النهار، كانا مأمورَيْن بالصيام.

وإنما لم يَصِحّ لهما ابتداء الصوم في بعض النهار، وإن كان قبل الزوال؛ من قِبَل أن الكفر والصِّغَر ينافيان صحة الصوم، فصارا كمن أكل في أول النهار، وكالمرأة إذا كانت حائضاً في أول النهار، ثم طهرت، فلم يجزئها صوم ذلك اليوم.

ولا يجب على هذين قضاء هذا اليوم، ولا ما قبله؛ لأن الكفر والصِّغَر، ينافيان صحة تكليف الصوم ...». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٤٤٧، ٤٤٨.

والشرب والجماع، ولا قوام للأشياء مع أضدادها، ويجب عليهما قضاء ذلك اليوم والأيام التي كانت هي فيها حائضًا أو نفساء؛ لأن الحائض والنفساء لا تصوم ولا تصلي، وإذا طهرت من حيضها تقضي الصوم ولا تقضي الصلاة.

ولو طهرتا قبل طلوع الفجر فإنه ينظر: إن كان الحيض عشرة أيام والنفاس أربعون يومـًا، فعليهما قضاء صلاة العشاء، ويجزئهما صومهما من الغد عن رمضان، وإن كان الحيض دون العشرة، والنفاس دون الأربعين، فإنه ينظر: إن وجدتا من الليل مقدار الليل مقدار ما يسع فيه الاغتسال وساعة قبل طلوع الفجر [فكذلك][1]، وكذلك الجواب إن وجدتا من الليل دون ذلك، فلا يلزمهما قضاء العشاء، ولا يجزئهما صومهما من الغد، وعليهما قضاء ذلك اليوم، كما لو طهرتا بعد طلوع الفجر.

وكذلك الكافر إذا أسلم: إن أسلم قبل طلوع الفجر ولو ساعة، يلزمه صوم الغد، ولو أسلم بعد طلوع الفجر، لا يلزمه، ولو نوىٰ الصوم لا يكون تطوعـًا أيضـًا، كما في الحيض والنفاس؛ لأن الكفر ضد الصوم كالحيض.

وقال بعض مشايخنا: إذا نوىٰ التطوع يكون تطوعـًا، واستدلوا بما ذكر في الجامع الصغير في النصراني إذا أسلم، قال: هو بمنزلة الغلام إن بلغ[2]،/ والغلام [٧٩-ب] إذا بلغ في نصف النهار ونوىٰ التطوع، يكون تطوعـًا إلاّ أنا نقول: هو بمنزلة الغلام في حق إمساك بقية يومه. وذكر في المنتقىٰ عن أبي يوسف: أنه سَوّىٰ بينهما، وقال يكون تطوعـًا فيهما.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت لإتمام المعنىٰ، والسياق يدل عليه. انظر: البدائع ٢/ ٨٩.

(٢) ونص الجامع الصغير: «غلام بلغ في النصف من رمضان، في نصف النهار، أو نصراني أسلم، لم يأكل بقية يومه، ولا قضاء عليه فيما مضىٰ ...»، ص٢٣٢.

[الصَّبِيُّ إِذَا بَلَغَ قَبْلَ الزَّوَالِ، ونَوَىٰ الصَّوْمَ]

[وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالىٰ في رؤوس المسائل: في الصَّبيِّ إذا احتلم، والكافر إذا أسلم قبل الزوال ونوىٰ الصوم، يكون تطوعًا عند أبي يوسف، خلافًا لزفر رحمهما الله تعالىٰ](١).

ولو أن الصبي بلغ، والمجنون الأصلي أفاق، إن كان ذلك قبل طلوع الفجر ولو بساعة، يلزمهما صوم الغد، وإن كان بعد طلوع الفجر لا يلزمهما.

ولو نويا عن التطوع، كان عن التطوع [إذا وجدت النيّة قبل الزوال؛ لأنه لم يوجد منهما ما يضاد الصوم.

والمريض إذا برئ]، والمسافر إذا أقام، والمجنون العارضي إن أفاق، فحكم هؤلاء سواء، إن كان ذلك منهم قبل الزوال وعزموا على الصوم، ولم يوجد منهم ما يضاد الصوم قَبْلَ ذلك، أجزأهم صومهم عن رمضان، وعليهم صيام بقية الشهر، وقضاء ما أفطروا قبل ذلك(٢).

[الفَرْقُ بَيْنَ المَجْنُوْنِ الأَصْلِيِّ والعَارِضِيِّ]

وفَرَّق أصحابنا بين المجنون الأصلي والعارضي، فقالوا في المجنون الأصلي: إذا أفاق في بعض الشهر يلزمه أداء ما أدرك، ولا يلزمه قضاء ما مضىٰ كالكافر إذا أسلم، والصبي إذا أدرك، والمجنون العارضي: إذا أدرك شيئًا من [الشهر](٣)، إما من أوله أو من آخره، أو من وسطه، يلزمه قضاء جميع الشهر نحو: أن يكون مفيقًا في الليلة التي يهل هلال رمضان فيها، ثم جُنَّ ولم يفق إلا بعد مضي الشهر

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من م. انظر: خزانة الفقه لأبي الليث ص٨٢.
(٢) انظر: خزانة الفقه ص٨٠؛ شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٤٤٧ - ٤٥٠.
(٣) في أ (النهار)، والمثبت من م.

[كله]، فعليه أن يقضي جميع الشهر إلا اليوم الأول إذا كان عزم على الصوم قبل جنونه ولم يفطر فيه، وكذلك إذا جُنَّ قبل رمضان ثم أفاق في آخر يوم من رمضان، وكذلك لو جن في طرفي الشهر، غير أنه أفاق في وسطه.

وقال بعض مشايخنا: حكم المجنون الأصلي والعارضي سواء، يلزمه قضاء ما مضىٰ، وقال الشافعي: لا يلزمه قضاء ما مضىٰ فيهما جميعاً[(١)].

والمجنون الأصلي: أن يدرك مجنوناً هكذا، والعارضي: أن يدرك مفيقاً ثم يجن، إلا رواية عن أبي يوسف أنه قال: إذا لم يكن لإفاقته مدة معلومة وكان مجنوناً في أكثر السنة، فيكون حكمه كالمجنون الأصلي [المطبق]، ولو لم يدرك شيئاً من الشهر: كما إذا جُنَّ قبل دخول رمضان ثم أفاق بعد مضيه، لا يلزمه القضاء بالاتفاق.

ولو أغمي عليه قبل دخول رمضان ثم أفاق بعد مضيه، فعليه قضاء رمضان كله، بخلاف المجنون، والفرق بينهما: أن الإغماء بمنزلة المرض، والله تعالىٰ جعل فرض المريض عِدَّةٌ من أيام أُخَر، والدليل على أنه بمنزلة المرض: أن الأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم كانوا يبتلون [بالإغماء]، والجنون منتفٍ عنهم، وليس كذلك الجنون؛ لأنه يسقط الخطاب ويرفع القلم، والجنون والإغماء مستويان على ما ذكرنا في كتاب الصلاة، ويفترقان في باب الصوم[(٢)].

[شَهَادَةُ الوَاحِدِ عَلى هِلاَلِ رَمَضَانَ وَشَوَّال]

قال: (**ومن رأىٰ هلال رمضان وحده صام، ومن رأىٰ هلال شوال وحده لم يفطر**)[(٣)].

---

(١) انظر: المهذب ٢/ ٥٨٧؛ المجموع ٦/ ٢٧٧؛ رحمة الأمة ص ٧٥.

(٢) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ١/ ١٧٨.

(٣) مختصر الطحاوي ص ٥٥.

شهادة الواحد تقبل على هلال رمضان، سواء إن كان حراً أو عبداً، رجلاً كان أو امرأة، محدوداً في قذف أو غير محدود في قذف، بعد أن يكون مسلماً، بالغاً، عاقلاً، عدلاً، ذكر الطحاوي هاهنا أنه يقبل عدلاً كان أو غير عدل[١]، وهذا خلاف ظاهر الرواية.

وكذلك لو أن عدلًا شهد على شهادة عدل تقبل، خلاف الشهادة على الشهادة في الأحكام، أنه لا تقبل ما لم تكن على شهادة واحد رجلان أو رجل وامرأتان، وهذا إذا كان في السماء علة تمنع العامة من التساوي في الرؤية: مثل السحاب، والغبار، والدخان، وأما إذا كانت السماء مصحية، إن جاء الرجل [من] خارج المصر، أو من مكان مرتفع، تقبل أيضاً شهادة الواحد، وأما إذا كان من أهل المصر لا تقبل شهادته، وإنما تقبل شهادة الجماعة.

ولم يقدروا الجماعة تقديراً في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف: أنه قَدَّر فيه عدد القسامة خمسين رجلاً، وروي عن خلف بن أيوب أنه قال: خمسمائة [ببلخ] قليل، وقال بعضهم: ينبغي أن يكون من كل جماعة واحد أو اثنان، وقال بعضهم: ذلك موكول إلى رأي الإمام والقاضي، فإن استقر قلبه إلى ذلك قُبِلَ، وإلا فلا تُقْبَل.

وإذا رَدَّ الإمامُ شهادته، ولم يأمر الناس بالصوم، فعلىٰ هذا الرجل أن يصوم، ولو أفطر يلزمه القضاء ولا كفارة عليه عندنا، وقال الشافعي: تلزمه الكفارة[٢]، ولو أفطر قبل/ أن يَرُدَّ الإمامُ شهادته، فلا [رواية] فيه عن أصحابنا، واختلف مشايخنا [٨٠-أ]

(١) «وذلك لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (صوموا لرؤيته) [البخاري (١٨١٠)؛ ومسلم (١٠٨١)]، وهو خطاب لكل أحد في نفسه، فإن أفطر، لم تكن عليه كفارة؛ لأن وجوب كفارة شهر رمضان، متعلق بإفساد صوم مستحق العين». شرح المختصر ٢/ ٤٥٠.

(٢) انظر: المهذب ٢/ ٥٩٧؛ المنهاج ص١٨٥.

في ذلك: قال بعضهم: عليه الكفارة، وقال بعضهم: لا كفارة عليه.

ولو صام وأكمل [رمضان] ثلاثين يوماً، ولم يُرَ هلال شوال، فإنه لا يفطر (وإن صار له أحد وثلاثين يوماً)[1]، ولو أفطر يلزمه القضاء ولا كفارة عليه، هذا في هلال رمضان.

[الشهادة في هلال الفطر والأضحىٰ]

وأما في هلال الفطر، والأضحىٰ: فإنه لا تقبل إلا شهادة رجلين[2]، أو رجل وامرأتين عدول، أحرار، غير محدودين في قذف، كما تقبل في سائر الأحكام؛ لأنه يتعلق بهذه الشهادة أحكام العباد، ومنفعة لهم من الإفطار والتوسع بلحوم الأضاحي، وهذا إذا كان بالسماء علة، فأما إذا لم يكن بالسماء علة، فإنه لا تقبل إلا شهادة الجماعة. هكذا ذكر في نوادر الصلاة.

وروىٰ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال: تقبل على رؤية هلال رمضان شهادة الواحد العدل، سواء [إن] كان بالسماء علة أو لم يكن، وفي الفطر والأضحىٰ: تقبل شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، سواء إن كان بالسماء علة أو لم يكن، ولو رأىٰ هلال شوال وحده، لا يفطر ولكنه يصوم[3]، ولو أفطر في هذا اليوم يجب عليه القضاء؛ لأنه أفطر في يوم يجب عليه أن يصوم فيه، ولا كفارة عليه؛ لأنه أفطر بالتأويل.

---

(١) العبارة في م (وإن صام ثلاثين يومًا ولم ير الهلال، فإنه لا يفطر، ويصوم اليوم الحادي والثلاثين) مكان القوسين، والمعنىٰ واحد.

(٢) كما ذكر سابقاً: (رأىٰ هلال شوال وحده، لم يفطر).

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص٥٥؛ «وذلك لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (فطركم يوم تفطرون)، [أخرجه أبو داود (٢٣٢٤)؛ والترمذي (٦٩٧)، وقال: حسن غريب]، فإذا كان محكوماً عند الناس بأنه من شهر رمضان، لم يسغ له أن يفطر، فيعرِّض نفسه للتفسيق». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٤٥١.

[الاختلاف في تكملة رمضان بين مصرين]

ولو أن أهل مصر صاموا رمضان ثلاثين يوماً، وأهل مصر آخر صاموا تسعة وعشرين يوماً، فإنه ينظر: إن كان صوم أولئك برؤية هلال رمضان، وثبت عند قاضيهم ذلك، أو عدّوا شعبان ثلاثين يوماً ثم صاموا رمضان، فعلىٰ الآخرين أن يقضوا يوماً؛ لأنهم أفطروا يوماً من رمضان، وإن كان صوم أولئك بغير رؤية هلال رمضان، ولا [ثبت] عند قاضيهم رؤيته، ولا عدّوا شعبان ثلاثين يوماً، فقد أساؤوا حيث تقدموا رمضان بصوم يوم، وليس على الآخرين قضاؤه؛ لأن الشهر قد يكون ثلاثين يوماً وقد يكون تسعة وعشرين يوماً.

[صَوْمُ أَسِيْرٍ تَحَرَّىٰ شَهْراً فَصَامَهُ]

قال: ومن اشتبهت عليه الشهور من الأسارىٰ، فتحرىٰ شهراً فصامه، فهذا على ثلاثة أوجه: [إما أن يوافق صومه شهر رمضان، أو يتقدم، أو يتأخر][1]: إما إذا وافق صومه شهر رمضان، جاز؛ لأنه شهد الشهر فصام، وإن تأخر جاز بشرط موافقته العدد، ووجود النية من الليل على سبيل القضاء[2].

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

(٢) لم يذكر الشاح الوجه الثالث هنا، وهو: «إن صام قبل شهر رمضان، لم يجزه»؛ وذلك لأن الفرض لا يقع موقعه إلا بحضور وقته، أو وجود سببه؛ وذلك معذور في الصوم قبل شهر رمضان، ألا ترىٰ أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال يوم النحر: (إن أول نسكنا في يومنا هذا: الصلاة، ثم الذبح، فمن ذبح قبل الصلاة، فإنما هي شاة لحم قدَّمها لأهله، فَلْيُعِدْ أضحيته) [البخاري (٩٣٣)؛ ومسلم (١٩٦)]، كمن صلّىٰ الظهر قبل الزوال، فلا يجزئه.

وإن صادف شهر رمضان، أجزأه؛ لقول الله تعالىٰ: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥]، وهذا قد شهده وصامه.

وإن صام بعد شهر رمضان، أجزأه؛ لأنه قد نوىٰ ما عليه من فرض صوم شهر رمضان». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٤٥١، ٤٥٢.

وبيان ذلك: [وهو] أنه إذا وافق صومه شوال، فإن كانا كاملين، فعليه قضاء يوم؛ لأن صومه في يوم الفطر لا يجوز عن القضاء، وإن كان رمضان كاملاً وشوال ناقصاً، فعليه قضاء يومين: يوم لفساد صومه في يوم الفطر، ويوم لأجل النقصان، وإن كان رمضان ناقصاً وشوال كاملاً، لا يلزمه [شيء]؛ لأنه أكمل العدد سوىٰ يوم الفطر، ولو وافق صومه ذا الحجة، إن كان رمضان وذو الحجة كاملين، فعليه قضاء أربعة أيام؛ لأن صوم يوم النحر وأيام التشريق لا يجوز عن القضاء، وإن كان رمضان كاملًا وذو الحجة ناقصاً، فعليه قضاء خمسة أيام: يوم النقصان، وأربعة أيام النحر والتشريق، وإن كان رمضان ناقصاً وذو الحجة كاملاً، فعليه قضاء ثلاثة أيام؛ [لأنه أكمل العدد سوىٰ ثلاثة أيام].

ولو وافق صومه شهراً آخر: إن كانا كاملين، أو ناقصين، أو الشهر الآخر كاملاً، فلا يلزمه شيء؛ لأنه أكمل العدد، وإن كان رمضان كاملاً والشهر الآخر ناقصاً، فعليه قضاء يوم لأجل النقصان، وهذا [معنىٰ] قولنا بشرط موافقة العدد.

وأما وجود النية من الليل شرط؛ لأنه قضاء، وصوم القضاء لا يجوز إلا بنية من الليل، ولو تقدم لا يجوز؛ [لأنه صام قبل وجوده، وقبل وجود سبب الوجوب]، ولو تحرىٰ سنين ففي كل سنة يقدم صومه رمضان، فهل يكون صومه في السنة الثانية عن الأولىٰ، وفي الثالثة عن الثانية، وفي الرابعة عن الثالثة، أم لا؟

اختلف فيه مشايخ بلخ: قال بعضهم: يجوز، وقال بعضهم: لا يجوز وعليه قضاء جميع الرمضانات؛ لأنه في كل الرمضانات، لأنه في كل [يوم] مرة تقدم، ووفق الفقيه أبو جعفر فقال: إن صام [في] السنة الثانية عن الواجب عليه إلا أنه يظن أنه من رمضان، وفي الثالثة والرابعة كذلك، فإن صومه في السنة الثانية يجزئ عن الرمضان في السنة الأولىٰ؛ لأنه صام عن الواجب في ذمته، والواجب في ذمته قضاء رمضان/ في السنة الأولىٰ دون الثانية، وكذلك يجوز صومه في السنة الثالثة [٨٠-ب]
عن الثانية، وفي الرابعة عن الثالثة، ويلزمه قضاء الرمضان الآخر خاصة.

وإن صام في السنة الثانية عن الثالثة، وفي السنة الثالثة كذلك، فإنه لا يجوز، وعليه قضاء الرمضانات كلها: أما لا يجزئه عن الأول؛ لأنه لم ينو عنه، وتعيين النية في القضاء شرط، ولا يجوز عن الثاني أيضاً؛ لأنه تقدمه، وكذلك الثالث والرابع.

ومثال هذا: كرجل اقتدىٰ بالإمام على ظَنٍّ أنه زيد فإذا هو عمرو، يصح اقتداؤه، ولو اقتدىٰ بزيد فإذا هو عمرو لا يصح اقتداؤه، وكذلك في مسألتنا هذه: إن نوىٰ في كل مرة عن الواجب في ذمته، وهو يظن أنه الثاني، والواجب عليه الأول، فيكون عن الواجب لا عما يظن.

[الكُحْلُ والسِّوَاكُ لِلصَّائِمِ]

قال: (**ولا بأس بالكحل للصائم**)[١]، سواء إن كان يوجد طعمه في حلقه أو لا يوجد؛ لأنه ليس من العين إلى الجوف مجرىٰ، ولا إلى الدماغ، وكذلك لو دهن رأسه وأعضاءه وتشرب فيها لا يضره ذلك، وكذلك لو دخل الغبار أو الدخان حلقه أو أنفه، فوصل إلى الجوف أو إلى الدماغ، لا يضره ذلك؛ لأنه لم يصل العين، وإنما وصل الأثر، ووصول الأثر لا يضره.

ولا بأس بالسواك للصائم غدوة وعشية بالرَّطْب[٢] واليابس جميعاً[٣]، وعند الشافعي: يكره بعد الزوال[٤].

---

(١) أما الكحل، فلما رُوي: (أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم، كان يكتحل بالإثمد وهو صائم)، أخرجه البيهقي في الكبرىٰ ٤/ ٢٦٢.

(٢) وأما السواك، فلما روي أنه صلىٰ الله عليه وسلم قال: (من خير خصال الصائم: السواك)، أخرجه ابن ماجه (١٦٧٧)؛ والدارقطني ٢/ ٢٠٣، وقال: «مجالد غيره أثبت منه».

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص٥٦.

(٤) المشهور في المذهب: كراهة السواك بالعشي، كما ذكر البيهقي في مختصر خلافيات =

[صَوْمُ مَنْ ذَرَعَهُ القَيْءُ أَوِ اسْتَقَاءَ]

قال: ومن ذرعه القيء وهو صائم لم يفطره، ومن استقاء متعمداً فعليه القضاء ولا كفارة[(١)]، [ويستوي الجواب] في نقض الطهارة: بينما إذا ذرعه القيء، وبينما إذا استقاء متعمداً بعد أن يكن ملأ الفم، ويختلف الجواب بينهما في الصوم، ثم جملة هذا لا يخلو: إما أن ذرعه القيء، أو استقاء متعمداً، [ولا يخلو]: إما أن يملأ الفم، أو لم يملأ الفم، ولا يخلو: إما أن يعود إلى جوفه [بنفسه] بعد ذلك، أو أعاده.

أما إذا ذرعه القيء [وهو] ملء الفم، لا يفسد صومه لقوله عليه الصلاة والسلام: «**من قاء فلا شيء عليه، ومن استقاء فعليه القضاء**»[(٢)]، وينتقض وضوءه، وإن عاد إلى جوفه فسد صومه عند أبي يوسف: لأنه عاد إلى جوفه فانتقض الوضوء، وعند محمد: لا يفسد صومه؛ لأنه لم يوجد منه صنع، فأبو يوسف اعتبر انتفاض الطهارة، إلا أنه خالف أصله في الذي قاء ملء الفم أنه لا يفسد صومه، ويفسد وضوءه للخبر: وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «**من قاء فلا شيء عليه**»، ومحمد اعتبر الصنع.

= البيهقي ٣/ ٨٧؛ والنووي في المجموع ١/ ٣٤٤.

«والمختار عند متأخري أصحابه: عدم الكراهة»، كما قال العثماني في رحمة الأمة ص٨٠.

(١) مختصر الطحاوي ص٥٦.

(٢) الحديث أخرجه الترمذي بلفظ: (من ذرعه القيء، فليس عليه قضاء، ومن استقاء عمداً فليقض) (٧٢٠)، وقال: «حديث أبي هريرة، حديث حسن غريب، لا نعرفه من حديث هشام»؛ وابن ماجه (١٦٧٦)؛ وابن حبان في صحيحه (٣٥١٨)؛ وابن خزيمة في صحيحه (١٩٦١)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٤/ ٢١٩.

وقد تكلم المحدثون في الحديث، قال البخاري: «لا اراه محفوظاً»، وأنكره أحمد وقال: «ليس من ذلك شيء»، قال الخطابي: يريد: أن الحديث غير محفوظ، وقيل فيه غير ذلك. انظر: نصب الراية ٢/ ٤٤٨، ٤٤٩؛ الدراية ١/ ٢٧٩.

وذكر الفقيه أبو الليث في مختلفه وقال: لا يفسد صومه في قول أبي يوسف، وعند محمد: يفسد صومه. ولو أنه أعاده فسد صومه بالاتفاق.

ولو كان استقاء ملء الفم، فسد صومه، سواء إن [أعاده] بعد ذلك أو لم يعده.

وأما إذا لم يملأ الفم فإنه ينظر: إن كان ذرعه القيء فلا يفسد صومه ولا ينتقض طهارته، وإن أعاده إلى جوفه، فكذلك الجواب في قول أبي يوسف؛ لأنه أعاد ما لا ينقض الطهارة فلا يضره، وقال محمد: فسد صومه؛ لأنه وجد منه صنع حيث أعاده، ولو استقاء دون ملء الفم فلا يفسد صومه في قول أبي يوسف[1]؛ لأنه لا ينقض الطهارة، وعند محمد: فسد صومه عاد بعد ذلك أو لم يعد؛ لأنه وجد الصنع.

وقال أبو يوسف: إن عاد لا يفسد صومه، وإن أعاده ففيه روايتان عن أبي يوسف: في رواية عنه: أنه لا يفسد صومه؛ لأنه لم ينتقض وضوؤه، وفي رواية أخرىٰ عنه: أنه يفسد صومه؛ لأنه وجد الصنع منه في الإخراج والإعادة، فغلظ لوجود الفعلين.

[الأَعْمَالُ المِفْطِرَةُ لِلصَّوْمِ]

قال: (**ومن استعط أو احتقن[2] وهو صائم ذاكراً لصومه؛ فعليه القضاء**)[3].

علم بأن هاهنا ست مسائل: في ثلاث منها إجماع أنه يفسد صومه، وفي ثلاث اختلاف، أما الثلاثة التي فيها الإجماع: هي السعوط، والحقنة، والإقطار في

---

(١) «... واعتمده المحبوبي، وقال في الاختيار: وهو الصحيح، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة، وإن كان لم يفصل في ظاهر الرواية؛ لأن ما دون ملء الفم، تبع للريق، كما لو تجشأ». الترجيح والتصحيح على القدوري (مع مختصر القدوري) ص١٣٣.

(٢) السعوط: صبّ الدواء في الأنف.

واحتقن: من «حقنت المريض: إذا أوصلت الدواء إلى باطنه من مخرجه بالمِحْقنة بالكسر»، المصباح (حقن).

(٣) في المختصر: «فعليه القضاء بلا كفارة» ص٥٦.

الأذنين، وصل إلى جوفه أو إلى دماغه وهو ذاكر لصومه، فسد صومه في قولهم جميعـًا، وعليه القضاء ولا كفارة عليه.

وأما الثلاثة التي اختلفوا فيها: فهي أن يداوي جائفة أو آمَّة[1] بدواء رَطب فوصل إلى دماغه، أو إلى جوفه، وهو ذاكر لصومه، فسد صومه عند أبي حنيفة، وعليه القضاء ولا كفارة[2]، وعندهما / : لا يفسد صومه. ولو داواها بدواء يابس [٨١-أ] لا يفسد صومه.

وأما على قولهما: فلا يُشْكِل، وأما على قول أبي حنيفة: إنما لا يفسد صومه؛ لأنه لم يصل إلى الجوف أو إلى الدماغ، ولو وصل إليهما فطره عند أبي حنيفة، ولا فرق بينهما.

والثالثة: الإقطار في الإحليل لا يفسد صومه عند أبي حنيفة ومحمد[3]، وقال أبو يوسف: يفسد، فأبو حنيفة: اعتبر الوصول إلى الجوف أو إلى الدماغ، وفي الإقطار

---

(١) «الجائفة: الطعن التي تبلغ الجوف».

والآمَّة: «التي تبلغ الدماغ حتى يبقىٰ بينها وبين الدماغ جلد رقيق». أنيس الفقهاء ص٢٩٤.

(٢) «ورجح قوله الإمام في التحفة وغيرها»، الترجيح والتصحيح على القدوري ص ١٣٤.

(٣) ذكر هنا محمد مع أبي حنيفة، وفي متن المختصر: ذكر محمد مع أبي يوسف، والإمام لوحده في عدم القضاء، وكذا ورد في الشرح، إلا أن الجصاص قال معقبـًا: «محمد مع أبي حنيفة في الأصول، في هذه المسألة، وقد حكي عن محمد: أنه وقف في ذلك» ٢/ ٤٦٢؛ وقال المرغيناني: «وقول محمد مضطرب فيه»، ووضح العيني ذلك بقوله: «... أي: غير مستقر على وجه، فلذلك ذكر قوله في الأصل مع أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وذكر الطحاوي في مختصره: مع أبي يوسف، أنه شك في وجود المنفذ من الإحليل الجوف، فتوقف»، البناية ٣/ ٣٣٨.

ووجه قول أبي حنيفة: أنه ليس من المثانة مجرىٰ إلى الجوف، وما يصير إلى هناك من البول، فإنما يصير فيها بالرشح، فإذا لم يصل من هناك إلى الجوف، لم يفطر»، «ولأبي =

في الإحليل لم يصل إلى الجوف، وفي الجائفة والآمّة وصل إلى الجوف والدماغ.

وأبو يوسف ومحمد: اعتبرا الوصول من جهة المخارق الأصلية، والجائفة والآمّة ليستا بمخارق أصلية، إلاّ أن محمدًا مع أبي حنيفة في الإقطار في الإحليل؛ لأنه لم يصل إلى الجوف، ولو طعن برمح فوصل إلى جوفه أو إلى دماغه، فلا يضره، ولا يفسد صومه؛ لأنه لم يوجد منه صنع، ولا هو ما يتغذىٰ به فصار كذُبَابٍ دخل حلقه.

ولو بقي الزُّجُّ(١) أو النصل في الجوف، وجب أن يفسد صومه كما روي عن محمد أنه قال: إذا أدخل الصائم خشبة في المَقْعَدةِ، فلا يفسد صومه، إلاّ إذا غاب طرفا الخشبة، فقد فسد صومه.

= يوسف: أن المثانة: جوف، فيفطر ما يحصل فيها». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٤٦٣.

العلة في الحكم باعتبار ما ذكر: هل المثانة جوف؟ فيفطر ما يحصل فيها، فذهب أبو يوسف بأن بين المثانة والجوف مجرىٰ، فالإقطار في الإحليل، يؤدي إلى إفساد الصوم؛ للوصول إلى الجوف.

وأما أبو حنيفة، فيرىٰ أنه ليس بين المثانة والجوف مجرىٰ، فالإقطار لا يوصل إلى الجوف، ولا يؤدي إلى الإفساد والإفطار.

وهذا بحسب ما عرفوا من علم التشريح في زمانهم.

أما وقد ثبت في علم التشريح حديثاً: أنَّ بين المثانة والجوف: مجرىٰ، بخلاف الأذن والجوف، فإنه لا يوجد مجرىٰ بينهما.

ومن ثم يترتب بأن الإقطار في الإحليل مفطر، بخلاف قطرة الأذن، فإنه غير مفطر، والله أعلم. انظر: الطب النبوي والعلم الحديث للدكتور محمد ناظم النسيمي ١/ ٣١٤، ٣٣١ (الشركة المتحدة، دمشق ١٤٠٤هـ).

(١) «الزُّجُّ -بالضم-: الحديدة التي في أسفل الرمح، والجمع زِجَجَة».

والنَّصْل: حديدة السهم، وسيف، والسكين، والرمح، والجمع نصول، ونصال. انظر: مختار الصحاح (نصل).

[مَنْ لَمْ يُبَيِّت الصَّوْمَ فِي رَمَضَانَ، ثُمَّ أَكَلَ]

قال: ومَنْ أصبح في يوم من رمضان، ولم ينو الصوم من الليلة التي قبلها، (ثم أكل بعد، أو شرب، أو جامع [متعمداً]، فعليه قضاء ذلك اليوم)[١]، ولا كفارة عليه في قول أبي حنيفة؛ لأن الكفارة إنما تجب عليه بالإفطار في الصوم، ولم يوجد؛ لأن الصوم لا يجوز إلا بالنية.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن كان إفطاره قبل الزوال فعليه الكفارة؛ لأنه كان يمكنه أن ينوي فيكون صائماً، وإن كان إفطاره بعد الزوال فعليه القضاء دون الكفارة بالإجماع.

وروي عن أبي يوسف في رواية أخرىٰ: إن كان إفطاره قبل العزيمة فعليه القضاء ولا كفارة عليه، وإن كان إفطاره بعد العزيمة فعليه القضاء والكفارة، وذكر في [المنتقىٰ][٢]: أنه إذا أصبح ينوي الفطر ثم عزم على الصوم ثم أكل متعمداً، لا كفارة عليه عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف: عليه الكفارة، وقال زفر: في الوجوه كلها عليه القضاء والكفارة؛ لأن عنده يكون صائماً بغير نية إذا كان مقيماً[٣].

[الرَّجُلُ يُسَافِرُ في آخر النهار بعد وجوب الكفارة]

ولو وجبت الكفارة عليها أو عليه، ثم سافرت أو سافر في آخر النهار، لا تسقط

(١) العبارة في م (ثم أفطر متعمدًا، قضىٰ ذلك اليوم)، بموقع القوسين. والزيادة من المختصر المطبوع ص٥٧.

(٢) في أ (المسمّىٰ)، والمثبت من م. والمنتقىٰ: «كتاب في الفروع الفقهية، في مجلدة، وضعه العلامة إبراهيم بن علي بن أحمد، المعروف بابن عبد الحق الواسطي، وهو سبطه، له شرح على الهداية، ونوازل الوقائع في مجلدة، وغيرهما من الكتب، توفي سنة أربع وأربعين وسبعمائة». انظر: الجواهر المضية (٣١)؛ تاج التراجم (٨).

(٣) مختصر الطحاوي ص٥٧. قال الجصاص: «المشهور: أن محمداً مع أبي حنيفة، وإنما روىٰ ما ذكره عن أبي يوسف وحده هشام». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٤٦٤.

الكفارة، ولو مرض في ذلك اليوم مرضاً يبيح له الإفطار، سقطت عنه الكفارة [عندنا، وعند ابن أبي ليلىٰ: لا تسقط]، وكذلك المرأة إذا أفطرت، أفطرت ثم حاضت في ذلك [اليومَ أو نفست](١) سقطت عنها الكفارة، ولو سافر في آخر النهار لا يسقط، ولو مرض من ذلك مرضاً يبيح له الإفطار فيسقط عنه الكفارة.

ولو سافر في ذلك اليوم مُكْرَهاً، ذكر الاختلاف بين أبي يوسف وزفر: في قول زفر: تسقط عنه الكفارة، وفي قول أبي يوسف: لا تسقط.

ولو جرح نفسه فمرض مرضاً يبيح له الإفطار، اختلف فيه المشايخ: قال بعضهم: لا تسقط، وقال بعضهم: تسقط.

ولو أفطر في قضاء رمضان، أو في غير صيام رمضان(٢)، لا تجب الكفارة(٣).

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من م، وغير مقروءة في أ.

(٢) وكذا في صيام التطوع: «ومن دخل في صوم التطوع، أو صلاة التطوع، ثم أفسده، قضاه»، مختصر القدوري ص١٣٦.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص٩٣ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٣٩٩ وما بعدها؛ متن القدوري ص ١٣١ وما بعدها؛ البناية في شرح الدراية ٣/ ٢٦١ وما بعدها.

بَابُ الاِعْتِكَافِ[1]

[الصَّوْمُ مَعَ الاعْتِكَافِ]

قال الشيخ الإمام رضي الله عنه: الاعتكاف على ضربين: اعتكاف واجب، واعتكاف تطوع[2]، فاعتكاف التطوع يجوز بغير صوم: وهو أن يدخل المسجد بنية الاعتكاف من غير أن يوجبه على نفسه قبل ذلك[3]، فيكون معتكفاً بقدر ما أقام، وله ثواب المعتكفين مادام في المسجد، فإذا خرج انتهىٰ اعتكافه.

وهذا النوع من الاعتكاف يجوز بالصوم وبغير الصوم في ظاهر الرواية، وروىٰ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أنه لا يجوز هذا الاعتكاف إلا بالصوم.

والاعتكاف الواجب: أن يوجبه على نفسه، وذلك لا يجوز إلا بالصوم

---

(١) الاعتكاف في اللغة: «مشتق من العكوف: وهو الملازمة والحبس والمنع».

وفي الشرع: «هو اللبث والقرار في المسجد، مع نية الاعتكاف». الجوهرة ص٨٧.

(٢) وعبارة الطحاوي: «الاعتكاف سنة، ولا يجوز إلا بصوم» ص٥٧.

«يعني بقوله: (سنة): أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قد فعله، وليس يعني به: الوجوب». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٤٦٦.

قال المرغيناني: «... والصحيح: أنه سنة مؤكدة؛ لأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم واظب عليه في العشر الأواخر من رمضان؛ لما روي عن عائشة رضي الله عنها: (أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم كان يعتكف العشر الأواخر من رمضان، حتى توفاه الله، ثم اعتكف أزواجه من بعده)، [البخاري (٢٠٢٦)؛ ومسلم (١١٧٢)]، والمواظبة دليل السنة». الهداية ١/ ٣٣٢.

(٣) «والاعتكاف خمسة أشياء: ١- النية. ٢- والصوم. ٣- واللبث في المسجد. ٤- وترك الجماع ودواعيه. ٥- وترك الخروج، ولا يصح إلا في مسجد جماعة»، كما ذكر أبو الليث في خزانة الفقه ص٨٤.

عندنا(١)، وعند الشافعي(٢): يجوز من غير صوم.

[كيفية دخول اعتكاف النذر، والخروج منه]

ثم هذا لا يخلو: إما أن يوجب على نفسه اعتكاف يوم أو اعتكاف يومين فصاعداً، أو يوجب على نفسه اعتكاف ليلة أو ليلتين فصاعداً، أو يوجب على نفسه اعتكاف شهر بعينه / أو بغير عينه. [٨١-ب]

أما إذا أوجب على نفسه اعتكاف يوم واحد، فعليه اعتكاف يوم بصوم(٣)، وتعيين ذلك إليه، وإذا أراد أن يؤدي نذره: فإنه يدخل المسجد قبل طلوع الفجر، فيطلع الفجر وهو فيه، فيعتكف يومه ويصوم، ويخرج منه بعد غروب الشمس.

ولو أوجب على نفسه اعتكاف يومين، يلزمه اعتكاف يومين مع ليلتيهما،

---

(١) «والدليل على أن من شرطه الصوم: قول الله تعالىٰ: ﴿وَلَا تُبَٰشِرُوهُنَّ وَأَنتُمْ عَٰكِفُونَ فِي ٱلْمَسَٰجِدِ﴾ [البقرة: ١٨٧]، والاعتكاف لفظ مُجْمَل مفتقر إلى البيان؛ لأنه وإن كان في اللغة موضوعاً للُّبْث، فقد وضع في الشرع لمعان أُخر مع اللبث، لا يتناولها الاسم في اللغة، ألا ترىٰ: أنه ليس كل لابث في المسجد معتكفاً ...، وإذا كان كذلك، افتقر إلى البيان، ووجدنا النبي صلىٰ الله عليه وسلم لم يعتكف إلّا صائماً، فوجب أن يكون الصوم من شرطه؛ لأن فعل النبي صلىٰ الله عليه وسلم إذا ورد على الوجوب».

ومن جهة السنة: ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال للنبي صلىٰ الله عليه وسلم يوم الجِعْرانة: يا رسول الله، إن عَلَيّ يوماً أعتكفه! فقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (فاعتكف، وصم) [أبو داود (٢٤٧٤)؛ والدارقطني ٢/ ٢٠٠، وضعفه ابن بديل؛ والحاكم في المستدرك، وصححه ١/ ٤٣٩]، فأمره بالصوم في الاعتكاف على الوجوب، فثبت أنه من شرطه: الصوم». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٤٦٧.

(٢) لأن الصيام ليس شرطاً لصحة الاعتكاف على الصحيح عن الشافعية، كما قال النووي في المجموع ٦/ ٥١٥. انظر: المهذب ٢/ ٦٣٨؛ رحمة الأمة ص٨٠.

(٣) وذلك كما قال قاضيخان في فتاويه: «وإنما يشترط الصوم في اعتكاف أوجب على نفسه» ١/ ١٩٥.

وتعيين ذلك إليه، وإذا أراد أن يؤدي نذره، دخل المسجد قبل غروب الشمس فتغرب الشمس وهو فيه، فيعتكف ليلته تلك ويومها، ثم ليلتها ثم يومها، فإذا غربت الشمس في اليوم الثاني خرج وقد وفىٰ بنذره.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: الليلة الأولىٰ لا تدخل في نذره وجوباً، وتدخل استحساناً، هذا إذا لم تكن له نية، فأما إذا نوىٰ عند النذر اليومين خاصة دون ليلتيهما، صحّت نيته ويلزمه اعتكاف يومين بغير ليلة، وهو بالخيار: إن شاء تابع، وإن شاء فرَّق، ويدخل المسجد في كل يوم قبل طلوع الفجر، ثم يخرج [منه] بعد غروب الشمس، وكذلك إذا أوجب على نفسه اعتكاف أكثر من يومين، فهو على هذا التفصيل.

ولو أوجب على نفسه اعتكاف ليلة، لا يلزمه شيء؛ لأن [الليلة لا يصام فيها، و]الاعتكاف الواجب لا يصح إلا بالصوم، والليل ليس بمحل للصوم.

ولو أوجب على نفسه اعتكاف ليلتين ولم تكن له نية، فإنه يلزمه اعتكاف ليلتين مع يوميهما، وكذلك إذا أوجب على نفسه اعتكاف ثلاثة ليال أو أكثر منها من الليالي، فإذا أراد أن [يؤدي][1]: يدخل المسجد قبل غروب الشمس كما ذكرنا فيما إذا أوجب على نفسه اعتكاف جماعة من الأيام[2].

ولو قال: نويت الليل دون النهار صحت نيته؛ لأنه نوىٰ حقيقة لفظه، ولا يلزمه شيء؛ لأن الليالي لا يصام فيها.

[ما يقتضي ذكر الأيام واللَّيَالي مجموعاً]

والأصل في هذا: أن ذكر الأيام مجموعاً يقتضي عددها من الليالي، وذكر

---

(١) في أ (ينوي)، والمثبت من م.

(٢) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ١/ ١٩٨.

الليالي مجموعاً يقتضي عددها من الأيام، [وذكر الأيّام مجموعًا يتناولها بعددها من الليالي]، والاثنان فما فوقها جماعة:

يدل على صحة هذا الأصل قوله تعالى في قصة مريم: ﴿ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمۡزٗا﴾ [آل عمران: ٤١]، وقال في موضع آخر: ﴿ثَلَٰثَ لَيَالٖ سَوِيّٗا﴾ [مريم: ١٠]، والقصة قصة واحدة، غير في موضع بلفظة الأيام، وفي موضع بلفظة الليالي[١].

[إِيْجَابُ اعْتِكَافِ شَهْرٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ]

ولو أوجب على نفسه اعتكاف شهر بغير عينه، فإنه يلزمه اعتكاف شهر متتابع بالصوم[٢]، سواء ذكر التتابع أو لم يذكر، وتعيين ذلك المسمىٰ إليه[٣]، فإذا أراد أن يؤدي نذره: فإنه يدخل المسجد قبل غروب الشمس [فتغرب الشمس] وهو فيه، فيعتكف ثلاثين ليلة وثلاثين يوماً، ثم يخرج [منه] بعد استكمالها بعد غروب الشمس، بخلاف ما إذا أوجب على نفسه صوم شهر بغير عينه، ولم يذكر التتابع ولا نواه، فهو بالخيار: إن شاء تابع، وإن شاء فرَّق.

ولو نوىٰ عند النذر الأيام دون الليالي، لم يصدق، ويلزمه اعتكاف شهر بالليالي والأيام؛ لأن اسم الشهر يقع على ثلاثين يوماً وثلاثين ليلة، فإذا نوىٰ أحدهما فقد نوىٰ تعيين الشهر فلم يصح [نيَّته[٤]، إلّا إذا] قال: عند النذر: لله عَليَّ

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٥٨. ويؤيد هذا: أنه لما اختلف العددان، لم يكتف بذكر أحدهما دون الآخر في قوله تعالىٰ: ﴿سَبۡعَ لَيَالٖ وَثَمَٰنِيَةَ أَيَّامٍ﴾ [الحاقة:٧]. شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٤٧٧.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٥٨. «لأن الشهر: عبارة عن العددين جميعاً».

(٣) في م (ذلك الشهر إليه).

(٤) وقال صاحب الشرح: «فإن نوىٰ اللَّيالي دون الأيام، أو الأيام دون اللَّيالي، كانت نيته باطلة»، ٢/ ٤٧٨.

اعتكاف شهر بالنهار دون الليل، فحينئذٍ يلزمه اعتكاف شهر بالأيام [دون الليالي]، وهو بالخيار: إن شاء تابع، وإن شاء فَرَّق؛ لأنه تلفظ بالنهار.

والأصل [منه]: أن كل اعتكاف وجب في الأيام دون الليالي، فصاحبه بالخيار فيه: إن شاء تابع، وإن شاء فَرَّق، فكل اعتكاف وجب في الأيام والليالي جمعياً، فإنه يلزمه اعتكاف شهر متتابع بصوم.

ولو أوجب على نفسه: اعتكاف شهر بعينه، فإنه يلزمه اعتكاف ذلك الشهر بصوم متتابعاً، ولو أفطر يومًا أو يومين، فعليه قضاؤه، ولا يلزمه قضاء ما صَحَّ اعتكافه فيه.

ولو لم يعتكف ذلك الشهر بعينه حتى مضىٰ، يلزمه اعتكاف شهر متتابعاً يصومه؛ لأنه لما مضىٰ ذلك الشهر من غير اعتكاف، فصار في ذمته اعتكاف شهر بغير عينه ديناً، فصار كما لو أوجب على نفسه اعتكاف شهر بغير عينه.

ولو اعتكف شهراً قبله عن نذره متتابعاً، أجزأه عن نذره في قول أبي / [٨٢-أ] حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يجزئه، وهذا كالاختلاف في الصيام، وقد ذكرناه.

ولو أوجب على نفسه اعتكاف شهر رمضان، فإنه يلزمه، وعليه أن يعتكف رمضان كله، فإن صام رمضان [واعتكف، فقد مضىٰ الأمر، وإن صام رمضان كله] ولم يعتكف، فإنه يجب عليه اعتكاف شهر يصومه متتابعاً، وإن لم يصم رمضان ولم يعتكف، فإنه يجب عليه اعتكاف شهر يصومه متتابعاً، وقضاء رمضان، فإن صام شهرًا عن قضاء رمضان واعتكف فيه، جاز، ويسقط منه قضاء رمضان والنذر جميعاً، ولو اعتكف في رمضان [آخر] لا يجوز عما وجب عليه [قبله][1].

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٥٨؛ شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٤٧٧، ٤٧٨؛ الهداية ١/ ٣٣٥.

[الأَفْضَلُ فِي الاِعْتِكَافَ]

ثم الأفضل عن الاعتكاف: أن يكون في المسجد الحرام، ثم في مسجد المدينة: وهو مسجد رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، ثم في مسجد بيت المقدس، ثم في المساجد العظام التي أكثر أهلها وعظم، ولا يجوز الاعتكاف الواجب إلا في مسجد له إمام ومؤذن، ويُصَلَّىٰ فيه الصلوات [الخمس] كلها، هكذا روىٰ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أنه لا يجوز الاعتكاف الواجب إلا في مسجد هذا صفته(١).

[اعْتِكَافُ المَرْأَةِ]

والمرأة كالرجل إلاّ أنها تعتكف في مسجد بيتها، ولا تعتكف في مسجد جماعة. هكذا ذكر في ظاهر الرواية، وذكر الكرخي في مختصره عن أبي حنيفة: أن المرأة بالخيار: إن شاءت اعتكفت في مسجد بيتها، وإن شاءت اعتكفت في مسجد جماعة، ومسجد بيتها أفضل من مسجد حَيِّها، ومسجد حَيِّها أفضل لها من المسجد الأعظم(٢).

ولا تعتكف المرأة في بيتها من غير مسجد، ولا تخرج من مسجد بيتها إذا اعتكفت فيه كالرجل سواء، ولا يأتيها زوجها إذا كان قد أذن لها في الاعتكاف، ولا ينبغي لها أن تعتكف إلا بإذنه(٣).

---

(١) «ويجوز الاعتكاف فيه لقول الله تعالىٰ: ﴿وَلَا تُبَٰشِرُوهُنَّ وَأَنتُمۡ عَٰكِفُونَ فِي ٱلۡمَسَٰجِدِۗ﴾ [البقرة: ١٨٧]، فعمّ المساجد كلها، وأجاز الاعتكاف فيها». انظر الأدلة: شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٤٧٠؛ فتاوىٰ قاضيخان ١/ ١٩٥.

(٢) «وذلك لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (لا تمنعوا إماء الله مساجد الله، وبيوتهنّ خير لهنّ) [أخرجه أحمد في المسند ٢/ ٧٦؛ وأصله في البخاري (٨٥٨)؛ ومسلم (٤٤٢)]». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٤٧٣.

(٣) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ١/ ١٩٦.

[خُرُوجُ المُعْتَكِفِ مِنَ المَسْجِدِ]

ولا يخرج المعتكف من المسجد إلا لحاجة الإنسان التي لا يقوم فيها غيره مقامه: من بول، أو غائط، ثم يتطَهَّر ويعود إلى مُعْتَكَفِهِ، ولا يمكث في منزله بعد فراغه من الطُّهور، وإن مكث في منزله بعد فراغه من الطهور، فسد اعتكافه في قول أبي حنيفة، وفي قول صاحبيه: لا يفسد حتى يكون المكث أكثر من نصف يوم.

ويخرج المعتكف أيضاً لصلاة الجمعة: قدر ما يُصلي قبلها أربعاً وبعدها أربعاً، أو ستّاً، ثم يعود إلى معتكفه، ولو لم يَعُدْ فأتَمَّ اعتكافه في المسجد الجامع، أجزأه.

ولو خرج المعتكف من المسجد لغير حاجة الإنسان، ولغير الجمعة، فسد اعتكافه عند أبي حنيفة قَلَّ ذلك أو كثر، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يفسد حتى يكون خروجه أكثر من نصف يوم.

ولو كان المؤذن هو المعتكف فصعد المئذنة للأذان، لم يفسد اعتكافه، وإن كان باب المئذنة خارج المسجد، وكذلك إن كانت داره [بجنب] المسجد فأخرج رأسه إلى داره، لم يفسد اعتكافه.

ولو انهدم المسجد وخرج إلى مسجد آخر من ساعته، أو أخرجه السلطان كرهاً، فدخل مسجداً آخر؛ القياس: أنه يفسد اعتكافه، وفي الاستحسان: لا يفسد.

ولا بأس للمعتكف: أن يبيع، ويبتاع، ويتزوج بامرأة، ويراجع امرأته بالقول، ويتحدَّث بما لا إثم فيه، ويأكل، ويشرب عبد غروب الشمس إلى طلوع الفجر، وينام في المسجد[1].

---

(١) وجمع أبو الليث ما لا يفسد الاعتكاف في أحد عشر شيئاً: ١-٢- بالبيع والشراء. ٣- والنكاح. ٤- والأكل والشرب. ٥- والنوم. ٦- والتردّد في نواحي المسجد. ٧- وصعود المأذنة. ٨- والخروج للبول. ٩- والخروج للغائط. ١٠- والخروج لصلاة =

[ما يفسد الاعتكاف]

وليس له أن يجامع امرأته ليلاً ولا نهاراً[(١)]، فإن جامع ناسياً أو متعمداً في ليل أو نهار فسد اعتكافه؛ لأن الجماع من محظورات الإحرام[(٢)].

الأصل: أن كل ما كان من محظورات الإحرام أو الاعتكاف فلا تختلف فيه حكم سهوه وعمده، ليله ونهاره [كالجماع ونحوه][(٣)]، وكل ما كان من محظورات الصوم فإنه يختلف [بين] حكم سهوه وعمده، [وبين] ليله ونهاره كالأكل والشرب.

وإن أكل في الليل ساهياً أو عامداً لا يضره، وفي النهار ناسياً لا يضره أيضاً، ولو أكل بالنهار عامداً فسد صومه، ويفسد اعتكافه بفساد صومه. والله أعلم[(٤)].

= الجمعة. ١١- ولصلاة العيدين، ولكن يخرج حين تزول الشمس، فيصلي قبلها أربعاً، وبعدها أربعاً، ثم يعود إلى معتكفه، ولا يخرج لعيادة المريض، ولا يشهد الجنازة». خزانة الفقه ص٨٥.

(١) «القول الله تعالى: ﴿وَلَا تُبَٰشِرُوهُنَّ وَأَنتُمۡ عَٰكِفُونَ فِي ٱلۡمَسَٰجِدِۗ﴾ [البقرة: ١٨٧]، ولا يختلف فيه الليل والنهار؛ لأن الاعتكاف يحظر المباشرة بالليل، وإن لم يكن فيه صوم». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٤٧٢.

(٢) في م (الاعتكاف).

(٣) في أ (كالخروج من المسجد)، والمثبت من م.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص٥٧، ٥٨؛ شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٢/ ٤٦٦ - ٤٧٨.

[كتاب] المناسك(١)

[مراتب الفرائض]

قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: الفرائض على مراتب:

منها: ما يفترض على [المسلم] في عمره مرة واحدة: [وهي حجة الإسلام.

ومنها: ما يفترض في كل سنة مرة واحدة:] وهي/ الزكاة، وصوم رمضان، [٨٢-ب] وصدقة الفطر، والأضحية إذا استجمعت شرائط الوجوب.

ومنها: ما يفترض في كل يوم وليلة خمس مرات: وهي الصلوات الخمس.

ومنها: ما يفترض عليه أبداً: وهي معرفة الله تعالى بجميع صفاته، والائتمار

---

(١) هكذا: «كتاب المناسك» ذُكِرَ في شرح المختصر، وأما في أصل المختصر المطبوع: «كتاب الحج»، ويليه: «باب وجوب الحج».

وبُوِّبَ في سائر كتب المذهب بـ: «كتاب الحج»، كالقدوري، والهداية.

والحج لغة: «القصد، وشرعاً: قصد لبيت الله تعالىٰ، بصفة مخصوصة، في وقت مخصوص، بشرائط مخصوصة». انظر: المصباح؛ التعريفات (حج).

والمناسك: من نَسَك لله: تطوع بقُرْبةٍ، والنُّسُك بضمتين: اسم منه.

وأصل نَسَك، وتنسَّك: تعبد، والنُّسُك: العبادة.

والمَنْسِك بفتح السين وكسرها-: يكون زماناً ومصدراً، ويكون اسم المكان الذي تذبح فيه النسيكة: وهي الذبيحة وزناً ومعنًى.

وإنما عرف المناسك في اصطلاح الفقهاء: بمناسك الحج وعباداته، وقيل: مواضع العبادات.

والمناسك: مواقف النسك وأعمالها. انظر: المصباح؛ التوقيف (نسك).

بأمره، والانتهاء بنهيه.

[فريضة الحج وشرائطه]

ثم حجة الإسلام فريضة[١] إذا استجمعت شرائطها لقوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: ٩٧]، وكلمة (على) كلمة إلزام وإيجاب، وسئل رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم عن الاستطاعة فقال: «**الزاد والراحلة**»[٢].

ثم شرائط وجوب الحج: أن يكون الرجل عاقلاً، بالغًا، مسلمًا، حُرًّا، صحيح البدن، يملك من المال سوىٰ كفافه، وقضاء ديونه، ونفقة عِيَاله، وخَدَمِه، إلى وقت انصرافه ما يبلغه إلى بيت الله تعالىٰ ذاهبًا وجائيًا، راكبًا لا ماشيًا، نفقة وَسَطٍ [لا إسراف فيها] ولا تعتبر مع أمن الطريق وقت خروج أهل بلده، وروي عن أبي يوسف أنه قال: ونفقة شهر بعد رجوعه مع هذا كله.

ورویٰ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال: إذا كان يفضل من ماله على

---

(١) «فريضة الحج ثلاثة أشياء: الإحرام، والوقوف، وطواف الزيادة».

(٢) الحديث أخرجه الترمذي (٨١٣) وقال: «حديث حسن، والعمل عليه عند أهل العلم»؛ وابن ماجه (٢٨٩٦)؛ والحاكم في المستدرك (١٦١٣)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٤/ ٣٢٧؛ وغيرهم.

ووجوب الحج على الفور، كما قال ابن قطلوبغا، حتى لا يباح له التأخير بعد الإمكان إلى العام الثاني، وإن أخر، كان آثمًا على قول أبي يوسف، وأصح الروايتين عن أبي حنيفة، وعلى قول محمد: يجب موسعًا».

«قال القدوري: وكان مشايخنا يقولون: هو قولهم، واعتمده المحبوبي والنسفي»، الترجيح والتصحيح على القدوري ص١٣٩؛ فتاوىٰ قاضيخان ١/ ٢٥١.

وذلك لقوله صلىٰ الله عليه وسلم: (من أراد الحج، فليعجل، فإنه يمرض المريض، وتضل الضالة، وتعرض الحاجة)، أخرجه أحمد في المسند ٢/ ٩٦٢؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٤/ ٣٤٠.

ما ذكرنا [مقدار ما] يكتري به شِقّ مَحْمِل، أو يكتري زَامِلَةً[١]، ويفضل [له] من الكراء والنفقة ذاهبـًا وجائيـًا، فعليه الحج، وإن لم يكفه ذلك إلاّ أن يمشي أو يكتري [عُقْبَةً][٢] الأجير، فليس عليه الحج ماشيـًا ولا راكبـًا عُقْبَةً.

[شَرْطُ البُلُوغِ وَالعَقْلِ]

وإنا شرطنا البلوغ والعقل؛ لأن الصبي والمجنون غير مخاطبين، فلا يلزمهما الحج، ولو أن الصبي حَجَّ قبل البلوغ لا يكون [ذلك] عن حجة الإسلام، ويكون تطوعـًا، ولو أحرم ثم أدرك قبل الوقوف بعرفة، فإنه ينظر: إن مضىٰ على إحرامه يكون تطوعـًا، وقال الشافعي: يكون عن حجة الإسلام إذا وقف بعرفة وهو بالغ[٣].

ولو جَدَّدَ التلبية واستأنف الإحرام بعد الإدراك، ثم وقف بعرفة، يكون عن حجة الإسلام بالإجماع، وكذلك المجنون.

[شَرْطُ الإِسْلاَمِ والحُرِّيَّةِ]

وإنما شرطنا الإسلام[٤]: لأن الحج عبادة ولا مدخل للكافر فيه، وما فعل في حالة الكفر فهو لغو، إلاَّ إذا أحرم وجَدَّد التلبية بعد الإسلام لحجة الإسلام، ووقف بعرفة بعد ذلك، فيكون عن حجة الإسلام.

---

(١) زاملة: «من زَمَلْتُ الشيء: حملته، ومنه قيل للبعير: زاملة، الهاء للمبالغة؛ لأنه يحمل متاع المسافر»، المصباح (زمل).

(٢) «والعُقَبَةُ بوزن الغُلْبَة ... النوبة، وعاقبته في الراحلة: إذا ركبتَ أنت مرّة، وركب هو مرة، وأعقبته مثله». مختار الصحاح (عقب).

(٣) انظر: المهذب ٢/ ٦٦٣؛ المجموع ٧/ ٤٤.

(٤) وجمع أبو الليث: «شروط وجوب الحج في تسعة أشياء: ١- العقل. ٢- والبلوغ. ٣- والإسلام. ٤- والحرية. ٥- والصحة. ٦- وأمن الطريق. ٧- والزاد. ٨- والراحلة. ٩- والمَحْرَمُ للمرأة: وهو الذي يجوز لها أن تسافر معه». خزانة الفقه ص٨٦.

وإنما شرطنا الحرية لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «**أيما عبد حَجَّ ولو عشر حجج، فعليه حجة الإسلام إذا أعتق، وأيما صبي حج ولو عشر حِجَجٍ، فعليه حجة الإسلام إذا بلغ، وأيما أعرابي حج ولو عشر حجج، فعليه حَجة الإسلام**»(١). أراد بالأعرابي: الكافر [إذا هاجر، يعني: قبل] الإسلام.

ولو عُتِقَ العبدُ بعد الإحرام، ثم أحرم بعد [العتاق] لحجة الإسلام، فإنه لا يكون [ذلك] عن حجة الإسلام، سواء جَدَّدَ التلبية أو مضىٰ على إحرامه ذلك، بخلاف الصبي والمجنون والكافر؛ لأن عقد العبد وإحرامه ملزم؛ لأنه مخاطب مكلف، وقد انعقد إحرامه عن التطوع، فلا ينقلب إلى غيره؛ لأنه لا يحتمل [الرفض والفسخ](٢)، أما عقود(٣) هؤلاء فغير ملزم، فيحتمل إحرامهم الفسخ والرفض، فيكون عن حجة الإسلام.

[شَرْطُ صِحَّةِ البَدَنِ]

وإنما شرطنا صحة البدن [الصحيح](٤)؛ لما روي أن امرأة خثعمية جاءت إلى النبي صلىٰ الله عليه وسلم فقالت: إن أبي قد أدركته فريضة الله تعالى - وهي حجة الإسلام - وأنه شيخ كبير لا يستمسك على الراحلة، أفيجزئ أن أحج عنه؟ فقال عليه الصلاة والسلام: «**أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيتيه أما كان يقبل منك؟**»

---

(١) الحديث أخرجه الحاكم في المستدرك مرفوعًا من حديث ابن عباس وصححه؛ ورواه البيهقي في سننه وقال: الصواب وقفه، وقد تُكُلِّم في بعض رجال سنده. انظر: نصب الراية ٣/ ٦؛ والدراية ٢/ ٣.

(٢) في أ (النسخ والنقص)، والمثبت من م.

(٣) في م (وأما عقد الصبي والمجنون والكافر).

(٤) «ومن الشرائط: سلامة البدن عن الأمراض والعلل في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: فلا يجب على المقعد، والمفلوج، والزَّمِن، والأعمىٰ وإن ملك الزاد والراحلة، وقال صاحباه رحمهما الله تعالىٰ: سلامة البدن ليس بشرط، فعندهما: يجب الإحجاج على هؤلاء، وإن عجزوا بأنفسهم، وعنده: لا يجب الإحجاج»، فتاوىٰ قاضيخان ١/ ٢٤٩.

قالت: نعم، قال: «**فدين الله أحق**»[(١)].

وكذلك الحج لا يجب على المريض، والمُقْعَدِ، والمَحْبُوس، والمَفْلُوْج، ومن به زَمَانَةٌ لا يستطيع الثبوت على الراحلة بنفسه[(٢)]، ويجب في مالهم إذا كان لهم مال مقدار ما يحج به [غيره]، وأحجوا عنهم، ويجزئهم عن حجة الإسلام، هذا إذا مات قبل زوال العِلَّة، وإن صَحَّ قبل موته وأطاق الحج بنفسه، كان عليه حجة الإسلام ويكون ما حج تطوعاً، وكذلك إذا حج وهو قادر ثم عجز حتى مات، لم يجزئه عن حجة الإسلام.

ولا يجب على الأعمىٰ وإن وجد قائداً على نفسه، ويجب في ماله، وقال أبو يوسف ومحمد: يجب عليه إذا وجد قائداً، ولا يجزئه الحج بإحجاج غيره [عنه][(٣)].

---

(١) حديث أخرجه الشيخان وغيرهما بلفظ: (إن فريضة الله على عباده في الحج، أدركت أبي شيخاً كبيراً، لا يثبت على الراحلة، أفأحج عنه؟ قال: نعم) [البخاري (١٤٤٢)؛ ومسلم نحوه (١٣٣٤)].

أما اللفظ الوارد في الكتاب، فقد اورده ابن كثير في تحفة الطالب، وقال: «حديث الخثعمية رواه أهل الكتب الستة، ولم أره في شيء منها بهذا السياق» ١/ ٤٢٠؛ وأبو يوسف في الآثار ١/ ١٢٤.

(٢) وذكر أبو الليث الذين لا يجب عليهم الحج، ستة نفر: ١- الصبي. ٢- والمجنون. ٣- والمملوك. ٤- والمريض. ٥- ومن لا يستمسك على الدابة. ٦- والأعمىٰ وإن وجد قائداً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ». خزانة الفقه ص٨٧.

(٣) قال الجصاص في تحرير المسألة: «المشهور من قول أبي حنيفة: أن فرض الحج ساقط عن الأعمىٰ بنفسه، كالمُقْعَد.

والصحيح من قول أبي يوسف ومحمد: أن الأعمىٰ عليه الحج إذا وجد قائداً، وزاداً، وراحلة.

وجه قول أبي حنيفة: أنه بمنزلة المقعد إذا لم يمكنه الركوب والنزول والسير بنفسه؛ لأن العمي حائل بينه وبين ذلك.

وفرق أبو يوسف ومحمد بين الأعمىٰ والمقعد؛ لأن الأعمىٰ مستطيع للمشي =

[شرط أمن الطريق ووجود المال وقت خروج القافلة]

وإنما شرطنا أمن الطرق لقوله تعالى: ﴿مَنِ ٱسۡتَطَاعَ إِلَيۡهِ سَبِيلٗاۚ﴾ [آل عمران: ٩٧]، وإنما يكون هذا في حالة الأمن(١).

[٨٣-أ] وإنما شرطنا وقت خروج / أهل بلده؛ لأنه يخرج إليه مع القافلة حتى أنه إذا وجد من المال مقدار ما يجب به الحج قبل وقت خروج أهل بلده، فله أن يصرف ذلك المال إلى حيث أحب، حتى لا يجب عليه الحج.

ولو كان المال معه وقت خروجهم، فليس له أن يصرف إلى غير الحج، وإن صرف إلى غير الحج صار آثماً، وعليه الحج ديناً في ذمته، وروي عن الضحاك بن مزاحم أنه قال: (الحج يجب على كل صحيح البدن، فإن لم يجد الزاد والراحلة، قال: أرأيت لو كان لأحدكم على رجل بمكة دين ألف درهم، أما كان يخرج إليه، فوالله ليخرجن إليه ولو حَبْواً)، وعلماؤنا لم يأخذوا بهذا القول.

[حَجُّ من لم يجب عليه الحج]

ولو أن فقيراً لا يجب عليه الحج، حَجَّ ماشياً بالسؤال، فإنه يكون ذلك عن حجة الإسلام، حتى لو استغنىٰ بعد ذلك، لا يلزمه حجة الإسلام ثانياً.

وكذلك الزَّمِن الذي لا يستطيع الثبوت على الراحلة، لو اجتهد وحَجَّ بنفسه، يكون عن حجة الإسلام، غير أن هذا يجوز أن يُحِجَّ عن نفسه غيره، والفقير الصحيح لا يجوز أن يحج عنه غيره.

= والركوب والنزول، وإنما يحتاج إلى من يرشده إلى الطريق، فهو كالذي لا يهتدي طريق الحج، فلا يسقط عنه فرض الحج إذا وَجَدَ من يرشده». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٤٨٣.

(١) «قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالىٰ: إن كان الغالب هو الخوف، والقطع، لا يفترض». فتاوىٰ قاضيخان ١/ ٢٥١.

[وجوب الحج وجوباً مضيقاً]

ثم حجة الإسلام تجب وجوباً مضيقاً، يعني إذا استجمعت شرائطه فلا يسعه التأخير، وروىٰ أبو عبد الله الثلجي عن أصحابنا: أنه يسعه التأخير ولا يجب وجوباً مضيقاً، وهو قول الشافعي[١]، ولو أخرها بعد وجود شرائط الوجوب، وحَجّ في آخر عمره، يكون مؤدياً ولا يكون قاضياً بالإجماع، ويكون جميع عمره وقتاً لأداء الحج، كوقت الصلاة للصلاة، حتى أنه إذا أدركه الموت قبل أن يؤدي حجة الإسلام بنفسه، وقد أخرها بعد استجماع شرائط الوجوب بغير عذر، يكون مستحقاً للوعيد[٢].

[قال:] والمرأة في وجوب الحج عليها كالرجل، غير أن لها زيادة شرطين بنتاً كانت أو عجوزاً:

[اشتراط مَحْرَم وخلوص العدة للمرأة]

أحدهما: أن يكون خروجها إلى ذلك مع زوجها أو مع ذوي رَحم مَحْرَم منها[٣]: الذي لا يحل النكاح بينهما بحال من جهة النسب أو غيره[٤]، ولا يجبر ذو الرَحِم المَحْرَم ولا زوجها على الخروج معها، وإذا امتنع

(١) لأن وجوبه على التراخي عندهم. انظر: المهذب ٢/ ٦٦٦؛ المجموع ٧/ ٥٣.

(٢) راجع التعليق في (فريضة الحج وشرائطه).

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص٥٩. وذلك لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر، أن تسافر سفراً يكون ثلاثة أيام فصاعداً، إلاّ ومعها أبوها، أو ابنها، أو زوجها، أو أخوها، أو محرم منها) [مسلم (١٣٤٠)].

أيضاً: (أن رجلاً قال: يا رسول الله، إني قد أُكتُتِبْتُ في غزوة كذا، وقد أردت أن أُحِجَّ امرأتي، فقال: (احجج مع امرأتك) [البخاري (٢٨٤٤)؛ ومسلم (١٣٤١)]، «فأمره بترك الغزو، وهو فرض، ليحج مع امرأته، فيسقط عنها فرض الحج». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٤٨٤.

(٤) وأوضح منه: بأن «المَحْرَمَ: من لا تجوز مناكحته على التأبيد بقرابة، أو رضاع، أو صهرية». كما في الحاوي القدسي ١/ ٣٢١.

[عن الخروج] معها إلا بنفقة يأخذها منها، فليس يجب عليها ذلك، وإن لم تجد زوجاً ولا مَحْرماً يخرج معها، فلا يلزمها الخروج عندنا، ويجب الحج في مالها، وقال الشافعي: يلزمها ذلك(١).

والشرط الثاني: أن تكون خالية من العِدَّةِ: عدة وفاة كانت، أو عدة طلاق: والطلاق بائن، أو رجعي، إلاّ إذا انقضت عدتها، أو بطلت بالرجعة، وإن لزمتها العدة بعد الخروج إلى السفر في الحج وهي مسافرة، فإن كانت عن طلاق رجعي فلا تفارق زوجها؛ لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية، والأفضل لزوجها أن يراجعها، وإن كان الطلاق بائناً فزوجها بمنزلة الأجنبي.

[وإن] كانت العدة من وفاة، فبعد ذلك ينظر: إن كان بينها وبين منزلها أقل من مسيرة سفر، فعليها أن تعود إلى منزلها وتعتد.

وإن كان بينها وبين منزلها مسيرة سفر فصاعداً، وبينها وبين مكة دون ذلك، فعليها أن تمضي إليها، وإن كان من [كلا] الجانبين مسيرة سفر فإنه ينظر: إن كانت في مصر، فليس لها أن تخرج حتى تنقضي عدتها في قول أبي حنيفة، وإن وجدت مَحْرَماً، وقال أبو يوسف ومحمد: لها أن تخرج إذا كان معها مَحْرَم، ولا تخرج بغير المحرم بالإجماع، وإن كان ذلك في المفازة أو في بعض القرىٰ التي [لا] تأمن فيها على نفسها ومالها، فعليها أن تمضي حتى تدخل موضع الأمن ثم لا تخرج عند أبي حنيفة، وعندهما: تخرج إذا كان مَعَها مَحْرَمٌ.

---

(١) قال النووي في المنهاج: «وفي المرأة: أن يخرج معها زوجها، أو مَحْرَم، أو نِسوة ثقات، والأصح: أنه لا يشترط وجود مَحْرَم لإحداهنّ، وأنه يلزمها أجرة المحرم إذا لم يخرج إلاّ بها»، ص١٩١. ولكن قال في المجموع: «إن المذهب عند الجمهور: أنه لا يلزم المرأة الحج، إلاّ إذا أمنت على نفسها بزوج، أو محرم، أو نساء ثقات، وإن لم يكن شيء من الثلاثة، لم يلزمها الحج على المذهب، سواء وجدت امرأة واحدة، أم لا، وهذا هو المشهور من نصوص الشافعي» ٧/ ٦٥، ٦٦. انظر: المهذب ٢/ ٦٦٩؛ رحمة الأمة ص٨٣.

[حكم العمرة]

قال: والعمرة سُنَّةٌ وليست بواجبة عندنا[١]، وقال الشافعي: هي واجبة[٢]، ويكره أداء العمرة في خمسة أيام: في يوم عرفة، ويوم النحر، وأيام التشريق؛ لأن هذه الأيام وقت الحج.

[وصية الميت بالحج من ثلثه عنه]

قال: (ومن وجب عليه الحج فلم يحج حتى مات، فأوصىٰ أن يحج عنه، [فإنه يحج] حجة الإسلام عنه من ثُلُثِ ماله، وإن لم يوصِ بذلك، فتبرع به ورثته جاز)[٣]، ولو أوصىٰ أن يحج عنه، فإن كان ثلث ماله يبلغ الحجة من وطنه، يحج عنه من وطنه، وإن كان لا يبلغ، يحج عنه من حيث بلغ.

---

(١) «وذلك لأنه روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (العمرة: هي الحجة الصغرىٰ) [أخرجه الدارقطني ٢/ ٢٨٥]، فثبت بذلك: أن اسم الحج يتناول العمرة.

ولما رُوي: (أن الأقرع بن حابس، سأل النبي صلىٰ الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله، الحج في كل سنة، أو مرة واحدة؟ قال: بل مرة واحدة، فمن زاد، فتطوع»، فانتفىٰ بذلك وجوب العمرة؛ لأن قول الأقرع: يا رسول الله، الحج في كل سنة، أم مرة واحدة؟: اسم للجنس، يتناول كل ما يسمّىٰ حجاً.

ثم جواب النبي صلىٰ الله عليه وسلم إياه شامل لجميع ما سأله عنه، فنفىٰ به جميع ما يسمىٰ به، إلاّ حجة واحدة، فثبت أن العمرة تطوع ... .

كما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قوله: (الحج جهاد، والعمرة تطوع) [ابن ماجه (٢٩٨٩)؛ وضعف ابن حجر الإسناد في التلخيص ٢/ ٢٢٦]». انظر بالتفصيل: شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٤٨٧ - ٤٩٣.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٥٩؛ مختصر المزني ص٦٣؛ المجموع ٧/ ٥، ٧؛ رحمة الأمة ص ٨٢.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص٥٩. «وأما وجه الجواز؛ فلما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم في أخبار شائعة: من إجازة الحج عن الميت، وقال بعضها: (أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته، أكان يجزئ؟، قال: نعم، قال: (فدَيْن الله أحق). [أخرجه أحمد في =

[٨٣-ب] ولو كان / ثلثه يبلغ الحج ماشياً من وطنه، فإنه يحج عنه راكباً من حيث يبلغ، هكذا روي عن محمد. ذكرها في العيون[١].

وروىٰ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال: الحج راكباً أفضل من الحج ماشياً؛ لأن المشي يُسيء خُلُقَه.

ولو كان ثلث ماله قدراً لا يمكن الإحجاج به، بطلت وصيته، ولو كان ثلث ماله يبلغ حِجَجاً كثيرة، فإنه يحج عنه حجة واحدة من وطنه: وهي حجة الإسلام، إلا إذا أوصىٰ بأن يحج عنه بجميع الثلث، فإنه تجوز [وصيته]، ويحج عنه حِجَجاً بجميع الثلث، والأفضل أن تنفذ وصيته، ويحج [عنه] حججاً في سنة واحدة.

ولو أَحَجَّ عنه في كل سنة حجة واحدة، جاز، إلا أن الأَوَّلَ أفضل؛ لأن فيه تعجيل تنفيذ الوصية، والتعجيل أفضل من التأخير.

ولو مات في غير مصره ووطنه، وأوصىٰ أن يحج عنه، فإنه يحج عنه من وطنه من ثلث ماله، فإن كان الموضع الذي مات فيه أقرب إلى مكة، أو أبعد: نحو أن يموت الخرساني بمكة، وأوصىٰ أن يحج عنه، فإنه يحج عنه من وطنه، ولو أَحَجّ الوصي عنه من غير وطنه مع ما يمكن الإحجاج عنه من وطنه من ثلث ماله، فإن الوصي يكون ضامناً ويكون الحج له، ويحج عن الميت ثانياً، إلاّ إذا كان المكان الذي أحج عنه قريباً من وطنه، بحيث [يمكنه أن] يبلغ إليه ويرجع إلى الوطن قبل الليل، فحينئذٍ لا يكون مخالفاً [ولا] ضامناً.

ولو كان ثلث ماله لا يبلغ الحج من وطنه، فإن الوصي يحج عنه من حيث يبلغ، ولو [كان] أحج عنه من موضع وفضل من ثلثه، وتَبَيَّن أنه كان يبلغ من

= المسند ٤/ ٥؛ والنسائي في (المجتبىٰ) (٢٦٣٨)]، وأجاز للخَثْعَمِيَّة أن تحج عن أبيها [البخاري (١٤٥٤)]. شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٤٩٣.

(١) فتاوىٰ النوازل ص١٥٩.

موضع أبعد منه، فإن الوصي يكون ضامناً، ويحج عن الميت من حيث يبلغ إلا إذا كان الفضل [شيئاً] يسيراً من زاد وكسوة، فلا يكون مخالفاً ولا ضامناً، ورَدَّ الفضل على الورثة.

وكذلك إذا مات المكي بالكوفة، فأوصىٰ أن يحج عنه: فإنه يحج عنه من مكة إلا إذا أوصىٰ بأن يَقْرِنَ عنه، فإنه يقرن عنه بالكوفة؛ لأنه لا يقرن بمكة.

ولو كان له وطنان، ومات في غير وطنيه: فإنه يحج [عنه] من أقرب الوطنين إلى مكة، ولو لم يكن له وطن، فإنه يحج عنه من الموضع الذي مات فيه، هذا كله إذا لم يُسَمِّ الموضع الذي يحج منه.

ولو أوصىٰ أن يحج عنه من موضع كذا، فإنه يحج عنه من ثلث ماله من الموضع الذي بيّن، ولو خرج حاجاً ومات في الطريق وأوصىٰ أن يحج عنه: فالقياس: أن يحج عنه من وطنه من ثلثه، وهذا قول أبي حنيفة، وفي الاستحسان: يحج عنه من حيث مات، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

وإذا أوصىٰ بأن يحج عنه، فقاسم الوصي الورثة، وعزل قدر نفقة الحج، ودفع بقية التركة إلى الورثة، فهلك المعزول في يد الوصي، أو في يد المجهز قبل الحج، بطلت القسمة في قول أبي حنيفة، [في عزل ثلث ما بقي في يد الورثة، فيحج به، ولو هلك هذا المعزول ثانيًا] هلك ذلك القدر من الجملة، ولا تبطل الوصية ويحج عنه من ثلث ماله الباقي من جميع المال حتى يحصل الحج، أو [يتوي] المال كله في قول أبي حنيفة.

وجعل أبو حنيفة الحج بمنزلة الموصىٰ له الغائب، وقسمة الوصي مع الورثة على الوصي له الغائب، لا تجوز، حتى أنه لو قاسم مع الورثة وعزل نصيب الموصىٰ له، ثم هلك في يده قبل أن يصل إلى الموصىٰ له، وهلك من الجملة ويأخذ الموصىٰ له ثلث الباقي، فكذلك الحج.

وقال أبو يوسف: ينظر: إن بقي من ثلث ماله شيء، فإنه يحج عنه بما بقي من الثلث من حيث يبلغ، وإن لم يبق من ثلث ماله شيء بطلت الوصية، فأبو يوسف يجيز عزل الثلث من الثلثين، ولا يجيز عزل قدر الحج من الثلث؛ لأن جواز الوصية في الثلث غير معين، وجميعه يتعين للوصية، فصار مثال ذلك: كرجل مات وترك ورثة صغاراً وكباراً، وللصغار وصي، فيجوز للوصي أن يقاسم مع الكبار، ويعزل أيضاً الصغار جملة، ولا يعزل نصيب كل واحد من الصغار، فكذلك هاهنا يجوز عزل الثلث من الثلثين، ولا يجوز عزل قدر الحج من الثلث.

وقال محمد: قسمة الوصي [جائزة] وتبطل الوصية بهلاك المعزول؛ لأن للوصي ولاية تنفيذ الوصية، فجعل محمد عزل الوصي كعزل الموصي.

[٨٤-أ] ولو أن الموصي عزل طائفة من ماله / وأوصىٰ أن يحج عنه بذلك، فهلك ذلك المال، بطلت الوصية، كذلك هاهنا.

وكما إذا عزل القاضي قدر الحج في مسألتنا هذه، فهلك المعزول بطلت الوصية، [فكذلك هاهنا]، وسواء بقي من الثلث شيء أو لم يبق، عند محمد.

ولو لم يهلك المال ولكن مات المجهز في بعض طرق مكة، فما أنفق المجهز إلى وقت الموت نفقة [مثله](١)، فلا ضمان عليه؛ لأنه لم ينفق على الخلاف، والقياس: أن يضم ما بقي في يد المجهز إلى مال الموصي، فيعزل ثلث ماله ويحج عنه من وطنه، وهو قول أبي حنيفة، وفي الاستحسان: يحج بالباقي من حيث مات الحاج، وهو قولهما(٢).

---

(١) في أ (صلة)، والمثبت من م.

(٢) انظر بالتفصيل: فتاوىٰ قاضيخان ١/ ٢٧٠ - ٢٧٣؛ الهداية ١/ ٤٤٥، ٤٤٦.

[الحج عن الغير قبل أداء فرضه]

والأفضل أن يحج عن الميت: مَنْ قد حَجّ [مرّة] عن نفسه حجة الإسلام؛ لأنه [أرفع] للخلاف وأهدى لأمور المناسك.

ولو حج عنه صَرُوْرَةً[1] جاز عندنا[2]، وقال الشافعي: لا يجوز ويكون الحج عن الحاج[3]، ولو أحج عنه امرأة جاز، وقد أساء؛ لأن المرأة ناقصة الأفعال، ولو أحج عبداً أو أمة بإذن سيدهما جاز وقد أساء أيضاً.

[تحمل الآمر نفقة المأمور]

والمأمور بالحج إذا فرغ من الحج ثم نوىٰ الإقامة بمكة خمسة عشر يوماً أو أكثر، سقطت نفقته من مال الميت، وإذا رجع هل تعود نفقته في مال الميت، ذكر الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد: في قول أبي يوسف: لا تعود، وفي قول محمد: تعود، وهو ظاهر الرواية، ولو اتخذ مكة داراً وتوطَّن بها، سقطت نفقته من مال الميت، ثم لا تعود بالإجماع.

---

(١) «الصَّرُوْرَة -بالفتح-: الذي لم يحج». المصباح (صرر).

(٢) استدلوا لذلك من النقل بحديث الخثعمية، حيث إن النبي صلىٰ الله عليه وسلم جوّز لها أن تحج عن أبيها، ولم يستفسر أنها حجت عن نفسها أولاً.

كما قالوا: بأن هذه عبادة تدخلها النيابة، فجاز أداؤها عن الغير، مع بقاء الفرض عليه، دليله الزكاة. انظر: المبسوط ٤/ ١٥١؛ رؤوس المسائل للزمخشري ص٢٤٨ (دار البشائر الإسلامية).

(٣) قال الشيرازي: «ولا يحج عن الغير مَن لم يحج عن نفسه ....، ولا يجوز أن يعتمر عن غيره، من لم يعتمر عن نفسه، قياساً على الحج»، المهذب ٢/ ٦٧٦؛ وذلك لما روىٰ ابن عباس رضي الله عنهما قال: (سمع رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم رجلاً يقول: لبيك عن شُبْرُمة)، أخرجه أبو داود (١٨١١)؛ والدارقطني ٢/ ٢٦٧؛ وابن حبان في صحيحه ٩/ ٢٩٩؛ وابن خزيمة ٤/ ٣٤٥؛ والبيهقي في الكبرىٰ، وقال: هذا إسناد صحيح، ليس في هذا الباب أصح منه، ٤/ ٣٣٦.

ولو أقام بمكة منتظراً خروج القافلة، لا تسقط نفقته من مال الميت، ولو أن المأمور بالحج تعجل حتى يكون شهر رمضان بمكة، فإن نفقته تكون في مال نفسه إلىٰ عشر الأضحىٰ، فإذا جاء عشر الأضحىٰ أنفق من مال الآمر، هكذا روىٰ هشام عن محمد.

ولو أن المأمور بالحج أنفق طائفة من ماله، فإنه ينظر: إن بلغ مال الميت الكراء وعامة النفقة بالحج عن الميت ولا يكون [مخالفًا]، وإلا فهو ضامن، ويكون الحج عن نفسه، ويردّ المال ويحج عن الميت من حيث يبلغ، وما وجب من الدماء في باب الحج، فإنه يجب على الحاج إلَّا دم الإحصار، فإنه يجب في مال الآمر؛ لأن سائر الدماء لا تخلو: إما أن يكون وجوبها لإدخال نقص في إحرامه، أو لتناوله محظور إحرامه، أو لما أنه يوجب عقد إحرامه، فإن كان وجوبه لإدخال النقص، فهو الذي أدخل النقص فيه.

ولو كان وجوبه لتناوله محظوراً فهو المتناول، وإن كان بموجب عقده فهو العاقد، كما إذا أمره بالتمتع أو القِرَان، فدم القِرَان والتمتع في مال نفسه؛ لأنه موجب عقد وهو العاقد، ألا ترىٰ أنه لو كان معسراً فالصوم عليه ليتحلل من إحرامه، فكذلك إذا كان موسراً فالدم عليه؛ لأجل التحلل، إلّا دم الإحصار، فإن ذلك الدم إنما وجب عليه لبلية ابتلي بها، وهو الذي أدخله فيها، فعليه تخليصه منها[(١)].

[الاستئجار على الطاعات والمعاصي]

قال: (**ولا يجوز الاستئجار على الحج، ولا على شيء من الطاعات، ولا على شيء من المعاصي**)[(٢)]، وكذلك لا يجوز الاستئجار على تعليم القرآن، ولا على الأذان والإقامة، والتذكير، وتعليم الحلال والحرام، [وهذا عندنا][(٣)].

---

(١) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ١/ ٢٧١، ٢٧٢.

(٢) مختصر الطحاوي ص٥٩.

(٣) والدليل عليه: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم لعثمان بن أبي العاص رضي الله عنه: (واتخذ =

وقال الشافعي: الإجارة على تعليم القرآن جائزة[1]، وبه أخذ مشايخ بلخ وأفتوا بجوازه[2]، وإنما كان لا يجوز على عهد رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم حيث كان حَمَلَة القرآن قليلاً، وكان يجب عليهم التعليم.

= مؤذنـًا لا يأخذ على الأذان أجراً) [أبو داود (٥٣١)؛ والنسائي في المجتبىٰ (٦٧١)]، وقوله صلىٰ الله عليه وسلم لمن أخذ هدية في تعليم سورة-: (إن أردت أن يقلدك الله قوسـًا من نار، فاقبلها) [أخرجه أحمد في المسند ٥/ ٣١٥؛ وأبو داود (٣٤١٦)؛ وابن ماجه (٢١٥٧)]، «فمنع رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أخذ العوض عن هذه القرب، فكان الحج بمثابتها، من حيث كان شرطه أن لا يفعل إلاّ على وجه القربة». انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٤٩٨.

(١) قال النووي في المنهاج: «لا تصحُّ إجارة مسلم لجهاد، ولا عبادة تجب لها نيّة، إلّا حج، تفرقة زكاة، وتصح لتجهيز ميت، ودفنه، وتعليم القرآن ...» ص٣١٠.

(٢) قال الموصلي في الاختيار: «ولا تجوز الإجارة على الطاعات، كالحج، والأذان، والإمامة، وتعليم القرآن، والفقه، وبعض أصحابنا المتأخرين قال: يجوز على التعليم» ٢/ ٥٩.

والقول بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن الكريم، هو أيضـًا قول المالكية، والإمام أحمد في رواية، وابن حزم. انظر: المدونة ٤/ ٤١٩؛ حاشية الدسوقي ٤/ ١٦؛ الكافي لابن قدامة ٢/ ٣٠؛ والمغني ٦/ ١٤٠؛ والمحلى ٨/ ١٩٣.

واستدل القائلون بجواز أخذ الأجرة بأدلة:

منها: حديث أبي سعيد في أخذ الجعل على الرقية بالفاتحة، حيث قال النبي صلىٰ الله عليه وسلم حين عرض عليه-: (وما يدريك أنها رقية؟)، ثم قال: (قد أصبتم، اقسموا، واضربوا لي معكم سَهْمـًا)، فضحك رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم. [البخاري (٢٢٧٦)؛ ومسلم (٢٢٠١)].

وفي رواية ابن عباس: (إن أحق ما أخذتم عليه أجراً: كتاب الله). البخاري (٥٧٣٧).

وحديث المرأة التي وهبت نفسها للنبي صلىٰ الله عليه وسلم، وفي آخره قال للرجل الذي طلب الزواج منها: (... انطلق، فقد زوَّجتكها، فعَلِّمْهَا من القرآن). البخاري (٥١٤٩)؛ ومسلم (١٤٢٥) واللفظ له. وفي رواية: (قد زوّجناكها بما معك من القرآن)، البخاري (٥١٣٥).

فقال ابن عبد البر: «وفي هذا الحديث جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن، وأخذ البدل على الوفاء به، ونحو ذلك؛ لأنه إذا جاز أن يكون مهراً، جاز أن يؤخذ عليه العوض في كل ما يُنْتَفع به منه»، الاستذكار ٦/ ٨٥.

انظر: فتح الباري شرح البخاري ٩/ ٢١٢.

وكذلك لا يجوز الاستئجار على شيء من المعاصي، نحو: الاستئجار على الغناء، والنياحة، وما أشبه ذلك مما لا يقع عليه الاستئجار من المسلمين(١).

وأما الاستئجار على تعليم اللغة والأدب جائز بالإجماع، إذا بين له مدة معلومة، وكذلك الاستئجار على بناء الرباطات، والقناطر، والمساجد يجوز بالإجماع.

وقال في كتاب الفتاوىٰ والعيون: إن الاستئجار على غسل الميت لا يجوز؛ لأن ذلك حسنة يحتسبها الإنسان، والإجارة على حفر القبور جائزة، والإجارة على حمل الميت، قال في العيون: يجوز، وقال في الفتاوىٰ: إن لم يوجد غيرهم لا يجوز؛ لأن ذلك واجب عليهم، وإن وجد غيرهم [٨٤-ب] جاز.

[الاستئجار على الحج]

ولو استؤجر على الحج، ودفع إليه الأجرة، فحجَّ عن الميت، فإنه يجوز عن الميت، وله من الأجر مقدار نفقة الطريق في الذهاب والمجيء، ويرد الفضل على الورثة(٢)؛ لأنه لا يجوز الاستئجار عليه، وإنما يرجع إلى المجهز نفقة الطريق في الذهاب والمجيء في طعامه وشرابه، وثيابه ومركبه وما لا بد منه نفقة وَسَطٍ من غير إسراف ولا تقتير، فما فضل في يده بعد رجوعه [عن الحج] رده إلى الورثة، ولا يحل له أن يمنعه إلاّ إذا تبرع الورثة بالترك بذلك الفضل للحاج، وهم من أهل التبرع، حلّ له [ذلك] بتمليك الورثة إياه.

---

(١) «وأما المعاصي؛ فلأنه لا يلم فيها تسليم المنافع بعقد الإجارة، وما لا يستحق تسليمه بالعقد، لا يصحُّ العقد عليه». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٤٩٥.

(٢) وقد قال الطحاوي بعد قوله: «ولا يجوز الاستئجار على الحج ...»: «وإنما تدفع النفقة إلى من يحج، على أن ما فضل من ذلك، ردّه» على الورثة. مختصر الطحاوي ص٥٩. وقال الجصاص معلقاً: «وذلك لأن النفقة مُبقَّاة على ملك الميت، لا يملكها الحاج، فما لم ينفقه، فهو مردود على الورثة» ٢/ ٤٩٦.

وكذلك إذا أوصىٰ الميت للحاج بما فضل في يده بعد رجوعه [تجوز] وصيته له، ويحل له الفضل بالوصية، وقال بعض مشايخنا: لا تجوز هذه الوصية؛ لأن الموصىٰ له مجهول، إلاّ أن الأول أصحّ؛ لأن الموصىٰ له يصير معروفًا بالحج.

وكذلك إذا أوصىٰ بأن يشترىٰ له عبد بعد موته، ويعتق عنه، ويعطىٰ [له] مائة درهم، فهذه وصية جائزة، وقال بعضهم: لا تجوز وصية المائة [له].

ولو أوصىٰ بأن يحج عنه بمائة درهم، فإنه يحج عنه بها من حيث يبلغ، ولو كانت المائة لا تخرج من الثلث، فإنه يحج عنه بقدر ثلث ماله من حيث يبلغ ولا تبطل الوصية، وكذلك إذا أوصىٰ بأن يحج عنه بهذه المائة بعينها، وقد هلك منها درهم أو أكثر، فإنه يحج عنه بالباقي من المائة، ولا تبطل الوصية.

وبمثله لو أوصىٰ أن يشترىٰ بها عبدٌ فيعتق عنه، ولا تخرج المائة من ثلثه، أو هلك منها درهم وهي مائة بعينها، بطلت الوصية في قول أبي حنيفة، والفرق بينهما: [وهو] أن الموصىٰ له بالحج معلوم، وهو حج عن الميت، وفي المعتق الموصىٰ له إنما يعرف بالشراء بمائة درهم، فالمشترىٰ بدونها ليس بموصىٰ له، فبطل[1].

[النِّيَابَةُ فِي أَفْعَالِ الحَجِّ]

قال: (ومن خرج للحج من الصبيان[2] أو من البالغين، فعجز عن التلبية

(١) انظر: فتاوى قاضيخان ١/ ٢٧٢.

(٢) المسألة هذه في المغمىٰ عليه إذا أهلّ عنه أصحابه، وليس في حج الصبيان، كما قال الجصاص: «ولا معنىٰ لقوله: (من الصبيان)؛ لأنه لا خلاف بين أصحابنا: أنَّ الصبي لا يكون مُحْرِمـًا بحال وإن أحرم عنه أبوه، وكذلك لو أحرم الصبي وهو يعقل الإحرام، لم يصح إحرامه .... .

فأما وجه قول أبي حنيفة في المغمىٰ عليه إذا أهل عنه أصحابه، فهو اتفاق أصحابنا =

للدخول في الحج)[1]، فلَبّىٰ عنه أصحابه، فإنه ينظر: إن كان أمرهم بذلك إذا وقع العجز عن الإحرام، فإنه يجوز بالإجماع، وإن كان لم يأمرهم بذلك، جاز أيضاً في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا تجوز النيابة عنه في الإحرام بغير رأيه؛ [لأن فيه إيجاب العبادة عليه: وهو الحج بغير أمره].

ولو أحرم بنفسه ثم عجز عن إتيان أفعال المناسك، فطيف به محمولاً حول الكعبة، وطيف به بين الصفا والمروة، ووقف به بعرفات والمزدلفة، جاز ذلك كله بالإجماع، (ومن طيف به محمولاً أجزأ)[2] من ذلك الطواف عن الحامل والمحمول جميعاً، سواء نوىٰ الحامل الطواف عن نفسه وعن المحمول، أو لم ينو، أو يكون ذلك الطواف للحامل طواف عمرة، وللمحمول طواف الحج، أو يكون للحامل طواف الحج وللمحمول طواف العمرة، أو لا يكون الحامل مُحْرِماً فإنه يجوز، ويكون طواف المحمول عما أوجبه إحرامه؛ لأن الأفعال تترتب على موجب العقد، ولا تراعىٰ فيها النية.

ولو طيف [به] محمولاً بغير علة طواف العمرة، أو طواف الزيارة، فإنه يجب عليه الإعادة أو الدم.

= جميعاً: على جواز الطواف به، والوقوف، وسائر الأفعال، فكذلك الإحرام، ألا ترىٰ أن الطواف لا يصح إلاّ بنية كالإحرام ....

ومخالفونا من غير أصحابنا، يجيزون أن يكون الصبي مُحرماً بإحرام أبيه عنه.

... ثم نظرنا أيهما أولىٰ بجواز ذلك، فكان المغمىٰ عليه بجواز ذلك أولىٰ من الصبي». انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٤٩٨، ٤٩٩.

(١) وتكملة العبارة: «أو عمَّا سواها من أمور الحج، ففعل ذلك عنه، قام مقامه ...». المختصر ص٥٩.

(٢) مختصر الطحاوي ص٦٠. وذلك لأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم طاف راكباً [البخاري (١٥٣٠)؛ ومسلم (١٢٧٢)]، وروي: (أن ذلك لشكاة كانت به) [أبو داود (١٨٨١)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٥/ ١٠٠، وقال: هذه زيادة تفرد بها.

قال: **(وينبغي لولي من أحرم من الصبيان أن يجرده ويُلبسه ثوبين إزاراً ورداءً، ويُجَنِّبُه ما يَجْتَنِبُهُ المُحْرِمُ في إحرامه، فإن فعل شيئًا من محظورات الإحرام فلا شيء عليه)**[١]، ولا على وليه لأجله؛ لأن الصبي غير مخاطب، ولو أفسده لا قضاء عليه، وكذلك إذا أصاب صيداً في الحرم، فلا شيء عليه؛ لأن ذلك حق الله تعالىٰ، والصبي غير مؤاخذ بحق الله تعالىٰ، وهذا بخلاف العبد، فإن العبد إذا أحرم ثم تناول شيئًا من محظورات الإحرام فإنه ينظر: إن كان مما يجوز فيه الصوم يصوم، وإن كان مما لا يجوز فيه الصوم، وإنما وجب فيه الدم أو الإطعام، فإنه يفعل ذلك بعد العتق.

ولو فعل في حالة الرق، أو فعل عنه مولاه أو غيره، لا يجوز؛ لأن العبد لا يَمْلِكَ وإن مَلَك[٢].

---

(١) مختصر الطحاوي ص٦٠. وذلك لما رُوي: (أن امرأة رفعت صَبيًّا لها إلى النبي صلىٰ الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، ألهذا حجٌّ؟ قال: نعم، لك أجر) مسلم (١٣٣٦)، «وهذا عندنا على وجه التعليم والتأديب، لا على جهة صحة الإحرام ولزومه؛ لأن الإحرام عبادة، والصبي ليس من أهل العبادات». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٠٠.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٥٩، ٦٠؛ شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٤٧٩ - ٥٠٠؛ القدوري ص١٣٩؛ البناية في شرح الهداية ٣/ ٤٢٨ - ٤٤٦.

باب ذكر الحج والعمرة

قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: المحرمون أربعة: مُفْرِدٌ بعمرة، ومُفْرِدٌ بحجة، وقَارِنٌ بينهما، ومُتَمَتِّعٌ / بالعمرة إلى الحج[1]. [٨٥-أ]

[أصناف الناس بحسب مواقعهم من الميقات]

[خارج المواقيت الخمس]

والناس كلهم على أصناف ثلاثة: صِنْفٌ منهم خارج المواقيت التي وقَّتَها رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم[2]، وهي خمسة: لأهل العراق ذات عرق[3]،

---

(١) عبارة المختصر: «معتمر غير متمتع بالعمرة إلى الحج، أو معتمر متمتع بالعمرة إلى الحج، ومفرد بالحج، وقارن للحج إلى العمرة ...» ص٦٠.

كما أَخَّر المؤلف الحديث عن تعريف أنواع الحج ومسائلها، بعد الانتهاء من المواقيت، بخلاف ما سار عليه الطحاوي في مختصره.

(٢) «الميقات لغة: الحد، واصطلاحًا: موضع العبادة وزمنها».

ومواقيت الحج والعمرة، كما في حديث ابن عباس رضي الله عنه: (أنه صلىٰ الله عليه وسلم وقّت لأهل المدينة: ذا الحليفة، ولأهل الشام: الجُحفة، ولأهل نجدٍ: قرن المنازل، ولأهل اليمن: يلملم، وقال: «هُنَّ لهنَّ، ولمن أتىٰ عليهنَّ من غير أهلهنَّ، لمن كان يريد الحج والعمرة»)، رواه البخاري (١٤٥٢)؛ ومسلم (١١٨١).

(٣) ذات عِرْق بكسر العين وسكون الراء بعد القاف-: وسمي بذلك؛ لأن فيه عرقًا: وهو الجبل الصغير، ويسمىٰ الآن: الضريبة، واد حجازي. والمسافة من ميقات ذات عرق حتى مكّة: مئة كيلو متر، «وهذا الميقات مهجور الآن، فلا يحرم منه أحد؛ لأن الطرق المزفتة من نجد، وفي الشرق لا تمر عليه، وإنما تمر على الطائف والسيل الكبير»، كما قاله الشيخ عبد الله بسام.

ولأهل المدينة ذو الحليفة[١]، ولأهل الشام جحفة[٢]، ولأهل نَجْدٍ قَرْن[٣]، ولأهل اليمن يَلَمْلَم[٤]. ويقال لهذا الصنف أهل الآفاق.

[داخل المواقيت إلى الحرم]

وصنف منهم داخل المواقيت خارج الحرم: وهم أهل الحِلِّ كأهل بستان بني عامر وغيرهم.

وصنف منهم داخل الحرم: وهم أهل الحَرَم كأهل مَكَّة.

---

(١) ذو الحُلَيفة بضم الحاء وفتح اللام: وتسمّىٰ الآن: «آبار علي»، وتبلغ المسافة من ضفة وادي الحليفة إلى المسجد النبوي الشريف: ثلاثة عشر كيلو مترًا.

(٢) الجُحفة بضم الجيم: قرية بينها وبين البحر الأحمر عشرة كيلو مترًا، وهي الآن خراب، ويحرم الناس من رابغ مدينة كبيرة، وتبعد عن مكة المكرمة عن طريق وادي الجموم: مئة وستة وثمانين كيلو مترًا، ويحرم من رابغ: من لم يمر بالمدينة المنورة، من أهل مصر، وسوريا، وبلاد المغرب، وبلدان أفريقيا.

(٣) والقَرْن: هو الجبل الصغير، وهذا الميقات اشتهر اسمه الآن: بالسيل الكبير، ومسافته من بطن الوادي إلى مكة المكرمة-: ثمانية وسبعون كيلو مترًا، والسيل الكبير الآن قرية كبيرة.

وادي محرم: هذا هو أعلىٰ قرن المنازل، وهو قرية في طريق الطائف مكة ـ المار بالهدا، وفيه مسجد كبير، فليس هذا ميقاتًا مستقلاً، وإنما اسم قرن شامل للوادي كله، (سواء من طريق ما يسمىٰ السيل الكبير، أو طريق الهدا).

(٤) يَلَمْلَم بفتح الياء المثناة التحتية، فلام، فميم، فلام أخرىٰ ، بعدها ميم أخرىٰ-: وهو واد ينزل من جبال السراة حتى مصبّه في البحر الأحمر، وقد كان الطريق يمر بالسعدية، وهي قرية فيها بئر السعدية، وهي تبعد عن مكة المكرمة: اثنين وتسعين كيلو مترًا، وأما الطريق التي زفلتته الحكومة: فهو يقع عن السعدية غربًا بنحو عشرين كيلو مترًا، ويمر على وادي يلملم، وعند ممره إلى يلملم يكون بعد الوادي عن مكة: ١٢٠ كيلو مترًا. انظر بالتفصيل: نيل المآرب في تهذيب شرح عمدة الطالب، للشيخ عبد الله بن عبد الرحمن آل بسام، ٢/ ٣٧٦ وما بعدها، حيث تتبع المؤلف بنفسه هذه المواقيت، ووقف عليها.

[مِيْقَاتُ مَنْ بِخَارِجِ المَوَاقِيْتِ]

فأمّا الذين هم خارج المواقيت، فميقاتهم للحج والعمرة والمواقيت التي بَيَّنَها رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم لا يحل لهم مجاوزتها إلا مُحْرِمين، سواء أرادوا الحج أو العمرة، ولو أحرم قبل أن يأتي إلى الميقات، ثم جاوز الميقات محرماً جاز، وهو أفضل؛ لأن تقديم الإحرام وتعجيله خير من تأخيره بعد أن حصل إحرام الحج في أشهر الحج.

وأشهر الحج شهران: شوال، وذو القعدة، وعشر من ذي الحجة.

ولو أحرم قبل أشهر الحج يجوز، ويَصِحُّ إحرامه، ويكون مُسِيئًا عندنا، وعند الشافعي: لا يجوز[١]، وكذلك الرجل إذا لم يكن من أهل ذلك الميقات وكان من أهل ميقات آخر، أو من أهل الحرم، أو من أهل الحِلِّ فأراد الإحرام بالحج والعمرة، لا يحل له مجاوزته إلا محرماً، وصار حكمه حكم أهل ذلك الميقات بدليل ما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «**من وقّتنا له وقتًا فهو له وقت، ولمن مَرَّ به من غير أهله، مِمَّنْ أراد الحج والعمرة**»[٢].

[مِيْقَاتُ مَنْ بِدَاخِلِ المَوَاقِيْتِ]

وأما الذين هم داخل المواقيت خارج الحرم، فميقاتهم للحج والعمرة: دويرة أهلهم، أو حيث شاؤوا من الحِلِّ، ولا يباح لهم دخول الحرم إلا مُحْرِمـًا، وكذلك الآفاقي إذا حصل بالبستان، أو المكي إذا خرج إليه، فأراد أن يحج أو يعتمر،

(١) «فإن أحرم بالحج في غير أشهره، انعقد إحرامه بالعمرة؛ لأنها عبادة مؤقتة»، كما قال الشيرازي في المهذب ٢/ ٦٧٨. انظر: المجموع ٧/ ١٢٦، ١٢٧؛ رحمة الأمة ص ٨٥.

(٢) لم أجد الحديث بهذا اللفظ، والمعروف في هذا الباب: حديث ابن عباس رضي الله عنهما (في فرض مواقيت الحج): «فهنّ لهنّ ولمن أتىٰ عليهن من غير أهلهنّ، لمن كان يريد الحج والعمرة ...» البخاري (١٤٥٢)؛ ومسلم (١١٨١).

فيكون كأهل البستان.

[مِيْقَاتُ أَهْلِ الحَرَمِ]

فأما الذين هم داخل الحرم، فميقاتهم للحج: الحرم، [وللعمرة]: الحِلُّ، وكذلك من حصل فيها وتوطن من غير أهلها، فأراد الحج والعمرة، فحكمه حكم أهل ذلك الموضع، [إذا دخل مكة لحاجة]، فإذا أراد إحرام الحج يحرم من دويرة أهله، أو حيث شاء من الحرم، وإذا أراد أن يحرم بالعمرة خرج إلى التنعيم[1] وهو في الحل خارج الحرم.

[مُجَاوَزَةُ المِيْقَاتِ لِمَنْ أَرَادَ الحَجَّ أَوْ العُمْرَةَ]

ومن أتىٰ ميقاتاً في هذه المواقيت الخمسة التي ذكرنا وهو يريد الحج أو العمرة، فجاوزه بغير إحرام، ثم عاد قبل أن يحرم، وأحرم من الميقات وجاوز مُحْرِماً، لا يجب عليه الدم بالإجماع[2].

---

(١) التنعيم: أقرب موضع للحل بخارج الحرم، ويبعد عن المسجد الحرام بنحو ستة كيلومترات، وبُني في الموقع مسجد كبير، ويسمىٰ (مسجد عائشة)، حيث اعتمرت منه السيدة عائشة رضي الله عنها بعد حجها عام حجة الوداع، كما يسمىٰ (بمسجد التنعيم)، و(مسجد العمرة)، وقد تم تجديده وتوسيعه في عهد خادم الحرمين الشريفين الملك فهد رحمه الله تعالىٰ، وأضيف إليه مرافق كثيرة؛ تسهيلاً للمعتمرين.

(٢) وقال الطحاوي في المسألة: «فمن مرّ وهو يريد الحج أو العمرة، بميقات منها، فهو كأهل ذلك الميقات، فلا يجاوزه إلا مُحْرِماً» ص٦١؛ «لأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم لمّا أمرنا بالإحرام من الميقات، فقد تضمّن ذلك نهيه عن مجاوزته إلا مُحْرِماً.

وأيضاً، روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: (لا يحِلُّ لأحد أن يدخل مكة إلا بإحرام، ورخّص للحطّابين) [أخرجه الشافعي في الأم ١٣٨/٢؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٥/ ٢٩؛ وابن أبي شيبة في المصنف ٣/ ٢٠٩]، ومعلوم أن الرخصة في مثل ذلك، لا تكون إلا من النبي صلىٰ الله عليه وسلم، فإذاً الحظر من جهة من إليه الرخصة، أنه إنما ذكر الحطابين؛ لأنهم لا يبعدون من مكة، ولا يجاوزون المواقيت». شرح مختصر الطحاوي =

ولو أحرم داخل الميقات للحج أو العمرة قبل أن يعود، يجب عليه دم، هذا إذا مضىٰ على إحرامه ذلك ولم يَعُدْ.

فأما إذا عاد إلى الميقات وَجَدَّدَ التلبية والإحرام، سقط عنه الدم في قول أصحابنا الثلاثة، وفي قول زفر: لا يسقط.

ولو عاد إلى الميقات مُحْرِماً ولم يُجَدِّدِ التلبية، فلا يسقط عنه الدم في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يسقط عنه الدم لَبَّىٰ أو لم يُلَبِّ(١).

ولو لم يَعُدْ إلى الميقات [حتىٰ] طاف شوطاً أو شوطين، أو وقف بعرفة في الحج تأكد عليه ذلك الدم؛ من حيث لا يسقط عنه وإن عاد إلى الميقات وجَددَّ التلبية.

ولو عاد إلى ميقات آخر سِوَىٰ الميقات الذي جاوزه قبل أن يتصل إحرامه بالفعل، سقط عنه الدم عند علمائنا الثلاثة، وعوده إلى هذا الميقات وإلى ميقات آخر سواء، [وقال زفر: لا يسقط].

وروي عن أبي يوسف أنه قال: [ينظر]: إن عاد إلى ميقات بحذاء الميقات الأول أو أبعد منه إلى الحرم، سقط عنه ذلك الدم، وإلا فلا يسقط(٢).

ولو لم يَعُدْ إلى الميقات، ولكنه أفسد إحرامه إن كانت عمرة [فأفسدها]

= ٢/ ٥١٤.

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٦١، ٦٢. «لأبي حنيفة: أن المتروك: هو التلبية في الوقت، لم يكن في إحرامه نقص، فإذا فعل المتروك، فقد جبر النقص.

ولأبي يوسف ومحمد: أن المتروك في الوقت: هوا لإحرام، فإذا عاد محرماً، فقد فعل المتروك». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥١٤، ٥١٦.

(٢) وعبارة الطحاوي: «... وإن رجع إلى ميقات بين الميقات الأول وبين الحرم، لم يسقط ذلك عنه الدم» ص٦٢.

بِجِمَاعِهِ قبل أن يطوف لها أكثر طوافها، وإن كانت حجة [فأفسدها] بجماعه قبل الوقوف بعرفة، سقط عنه ذلك الدم؛ لأنه وجب قضاؤها، [فانجبر] ذلك النقصان كله بالقضاء، كمن سها في صلاته ثم أفسدها، فقضاؤها لا يجب عليه سجدتا السهو.

وكذلك إذا فاته الحج فإنه يتحلل بالعمرة، وعليه قضاء الحج، وسقط عنه ذلك الدم، وهذا عندنا(١)، وقال زفر: لا يسقط عنه ذلك الدم، هذا كله حكم الآفاقي(٢).

[أَهْلُ الحِلِّ بِدَاخِلِ المَوَاقِيْتِ]

وأما أهل الحِلِّ الذين هم داخل المواقيت خارج الحرم، فقد ذكرنا ميقاتهم للحج وللعمرة: أنها دويرة أهلهم [٨٥-ب]، أو حيث شاؤوا من الحل، فلو أنه دخل الحرم من غير إحرام ثم عاد، فهو على الفصول التي ذكرناها في الآفاقي إذا جاوز الميقات من غير إحرام(٣).

وكذلك أهل مكة ميقاتهم للحج: [الحرم]، وللعمرة: [الحِلّ]، فلو أنه ترك ميقاته وأحرم للحج في الحِلِّ، وللعمرة في الحرم، يجب عليه الدم إلاّ إذا عاد وَجَدَّد التلبية، سقط عنه ذلك الدم على الفصول التي ذكرنا في الآفاقي.

---

(١) «لأنه يرتكب الجناية، وقد أتىٰ بأحد موجبي الإحرام، فإن كان قارناً، يطوف للعمرة ويسعىٰ، ثم يطوف طوافاً آخر لفوات الحج، ويسعىٰ، ويحلق، ويبطل عنه دم القِران، وليس على فائت الحج طواف الصدر»، فتاوىٰ قاضيخان ١/ ٢٦٨.

(٢) والآفاقي، جمع أُفُق بضمتين: الناحية من الأرض ومن السماء، والنسبة إليه: أفقي، وقولهم: (ورد آفاقي مكة)، يعنون به: من خارج المواقيت، وهو المقصود هنا. انظر: المغرب؛ المصباح (أفق).

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥١٧.

[مُجَاوَزَةُ الوَقْتَيْنِ أَوْ الوَقْتِ الوَاحِدِ]

الأصل أن كل من قصد مجاوزة الوقتين، لا يباح له مجاوزته إلا محرماً: إما بإحرام عمرة، أو بإحرام حجة، وكل من قصد مجاوزة وقت واحد، يباح له مجاوزته بغير إحرام.

بيانه: أن كل من أتى ميقاتاً من المواقيت الخمسة التي ذكرنا، وهو يريد الحج أو العمرة، أو قصد الحرم لحاجة له، أو لزيارة، أو لتجارة وهو من أهل الآفاق، أو من أهل الحِلِّ، أو من أهل الحرم، فلا تباح له مجاوزته إلا مُحْرِماً قصد مجاوزة الوقتين: وقت أهل الآفاق، ووقت أهل البستان.

[دُخُولُ أهلِ الحِلِّ الحَرَمَ بغيرِ إِحْرَامٍ]

ولو قصد بستان بني عامر(١) أو غير ذلك من الحل، يباح له مجاوزته بغير إحرام؛ لأنه قصد مجاوزة وقت واحد، فإذا حصل بالبستان أو بالحِلّ ثم أراد دخول مكة، يدخلها بغير إحرام؛ لأنه قصد مجاوزة وقت واحد، وهذا هو الحيلة في إسقاط الإحرام عن نفسه.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: لا يسقط عنه الإحرام حتى يجاوز الميقات بِنِيَّةِ أن يقيم في البستان خمسة عشر يوماً ثم يدخل مكة.

---

(١) بستان بني عامر كما تذكر في الكتب ـ، أو بستان ابن عامر، فذلك غلط، كما ذكر ياقوت، وإنما هو: بستان ابن معمر، «موقعه: مجمع النخلتين: النخلة اليمانية، والنخلة الشامية، وهما واديان»، ونقل البلادي عن البطليوسي: فأما بستان ابن معمر، فهو الذي يعرف ببطن نخلة، وذلك كما ذكر الهيثمي في مجمع الزوائد.

ذكر النسفي عن الواحد صاحب منسك في الفارسية: أن «من ذات عرق وهو ميقات أهل العراق إلى بستان بني عامر: اثنان وعشرون ميلًا، ومن بستان بني عامر إلى مكة: أربعة وعشرون ميلاً». طلبة الطلبة ١/ ١٢٢؛ وفي مجمع الزوائد للهيثمي، عن عليّ بن الجعد: «بطن نخلة: هو بستان بني عامر»، رواه الطبراني»، ١/ ٧١٥.

وكذلك لمن خرج من الحرم إلى الحل ولم يجاوز الميقات، ثم أراد أن يعود إلى مكة، يعود إليها بغير إحرام؛ لأنه قصد مجاوزة وقت واحد.

وأصله ما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (أنه رخَّصَ لِلْحَطَّابِيْنَ أن يدخلوا مكة بغير إحرام)(١)؛ لأن أهل مكة كانوا يخرجون إلى الحل للاحتطاب والاحتشاش ثم يعودون إليها بغير إحرام.

[حُكْمُ مَنْ جَاوَزَ المِيْقَاتَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ]

وكل من جاوز الميقات قاصداً إلى الحرم أو إلى مكة بغير إحرام، فعليه لأجل هذه المجاوزة إحرام: إما بحجة، وإما بعمرة؛ لأن مجاوزته الميقات بنية الإحرام، بمنزلة إيجاب الإحرام على نفسه.

ولو قال: لله عَلَيَّ إحرام، يلزمه إما حجة، وإما عمرة، وكذلك إذا أوجبه بالفعل، كما أنه إذا افتتح صلاة التطوع ثم أفسدها، يجب عليه القضاء، كأنه أوجبها بالقول.

ولو أحرم في تلك السنة بحجة أو عمرة [ونوىٰ] عما وجب عليه لأجل المجاوزة، أو نوىٰ حجة الإسلام، أو عن حجة وجبت عليه بالنذر أو بغيره، سقط عنه ما وجب لأجل المجاوزة عند علمائنا الثلاثة، غير أنه ينظر: إن كان أحرم من الميقات لا يجب عليه الدم، وإن كان لم يخرج إلى الميقات(٢) للإحرام [وأحرم] على ميقات أهل مكة وهو بمكة، أو على ميقات أهل البستان وهو به، [لا] يجب عليه الدم لترك التلبية على الميقات، وعند زفر: لا يسقط عنه إلا أن ينوي ما وجب عليه لأجل المجاوزة.

ولو تحولت [السَّنَة] لا يسقط إلا تعيين النية بالإجماع، فإذا نوىٰ عما وجب عليه غير أنه أحرم في وقت أهل مكة وهو بمكة، أو في وقت أهل البستان وهو به،

(١) رواه الطحاوي عن عطاء، ولم أجده مرفوعًا. شرح معاني الآثار ٢/ ٢٦٣.

(٢) العبارة في م هنا: (وإن كان لم يحرم من الميقات، وأحرم من ميقات أهل مكة).

ولم يخرج إلى الميقات، فإنه يسقط عنه ما وجب عليه لأجل المجاوزة، وليس عليه دم؛ لأنه لما حصل بمكة صار كالمَكِّيِّ، ولما حصل بالبستان صار كأهله، فقد أتىٰ بالإحرام في وقته، ونوىٰ قضاء ما يجب عليه، فسقط عنه.

وأما في تلك السنة فإنما وجب عليه الدم؛ لأنه حصل أداء، وقد ترك التلبية في وقته، فيجب عليه الدم.

[مُجَاوَزَةُ المِيْقَاتِ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ مِرَاراً]

ولو جاوز الميقات قاصداً إلى مكة مراراً بغير إحرام، فإنه يجب عليه لكل مرة إما حجة وإما عمرة، ولو خرج من عامه ذلك إلى الميقات فأحرم بحجة الإسلام أو غيرها، فإنه يسقط عنه ما وجب عليه لأجل المجاوزة الأخيرة، ولا يسقط عنه ما وجب عليه لأجل مجاوزة قبلها؛ لأن الواجب قبل الأخيرة صار ديناً عليه، فلا يسقط إلا بتعيين النية.

[القَارِنُوْنَ والمُتَمَتِّعُوْنَ]

القَارِنْون والمُتَمَتِّعُون فريقان: فريق منهم من حاضري المسجد الحرام، وفريق من غير حاضري المسجد الحرام:

[٨٦-أ] [فحاضرو المسجد الحرام]: هم أهل / الحِلِّ وأهل الحرم كأهل البستان وأهل مكة، ومن كان أهله مسكنه داخل المواقيت الخمسة التي ذكرناها، وغير حاضري المسجد الحرام: هم أهل الآفاق، ومن كان أهله خارج المواقيت الخمسة.

ثم حاضروا المسجد الحرام: ليس لهم التمتع والقِرَان، وإنما لهم أن يفردوا الحج أو يفردوا العمرة، فإن قرنوا أو تمتعوا فقد أساؤوا، ووجب عليهم [الدم]؛

لإساءتهم ولا يباح لهم الأكل من ذلك الدم، ولا يجزئهم الصوم وإن كانوا معسرين لا يجدون [ثمن] الهدي(١).

[الأفضلُ مِنْ أَنْوَاعِ المَنَاسِكِ]

وغير حاضري المسجد الحرام: لهم التمتع والقِرَان، والقِرَان [لهم] أفضل من التمتع، [والتمتع أفضل من] الإفراد(٢)، [وعند الشافعي: الإفراد أفضل](٣).

وقد روي عن أبي حنيفة أنه قال: الإفراد أفضل من التمتع.

والإفراد بالحج: أن يفرد الحج ويأتي بحجة مفردة. [والإفراد] بالعمرة: أن

---

(١) «والتَّمتُّعُ والقِرَانُ، لا يصح عندنا إلّا لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام: وهم الذين لا يجوز لهم دخول مكة من منازلهم إلا بإحرام؛ وذلك لقوله تعالىٰ: ﴿فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ فِي ٱلْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ تِلْكَ عَشَرَةٌ كَامِلَةٌ ذَٰلِكَ لِمَن لَّمْ يَكُنْ أَهْلُهُۥ حَاضِرِي ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ﴾ [البقرة: ١٩٦]، فأباح التمتع لمن كان هذا وصفه». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٠٢.

(٢) ولفظ الطحاوي: «والقِران أفضل مما سواه، ثم التمتع، ثم الإفراد، وكل ذلك واسع؛ وذلك لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم من جهات كثيرة: أنه كان قارناً في حجة الوداع [البخاري (١٤٨٨)؛ ومسلم (١٢٢٣)]، وقالت عائشة رضي الله عنها: (لقد عُلِم أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، اعتمر أربعاً بعمرته في حجة الوداع) [البخاري (١٦٨٥)؛ ومسلم (١٢٥٥)].

ومن أدل الأشياء على ذلك: (أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم، لمّا أمر أصحابه بفسخ الحج والإحلال، لم يَحِلْ منه، وقال: «إني سقت الهدي، ولا أحل إلى يوم النحر»، وقال: «لو استقبلت من أمري ما استدبرت، ما سقت الهدي»، فلو أن هديه كان هدي قران أو متعة، ما الذي كان منعه من الإحلال، وهو هدي تطوع؟، فدل ذلك على أنه لم يكن مفرداً». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٠٩، ٥١٠.

(٣) في أ (ثم الإفراد)، والمثبت من م. وأصح قولي الشافعي في الأفضل من أوجه المناسك: الإفراد، ثم التمتع، ثم القِران. انظر: المهذب ٢/ ٦٨٠؛ المجموع ٧/ ١٣٩؛ المنهاج ص ٢٠٥؛ رحمة الأمة ص ٨٤.

يأتي بعمرة مفردة.

والقِرَان: جمع بين العمرة والحجة بإحرام واحد [وبتلبية واحدة]، فيقول: لبيك حجة وعمرة، ويأتي بأفعال العمرة أولًا ثم يأتي بأفعال الحج من غير أن يحل فيما بينهما.

والتمتع: هو أن يعتمر في أشهر الحج، أو يحصل أكثر طواف عمرته في أشهر الحج، ثم يخرج إلى الحج من عامه ذلك، وسواء حَلَّ من عمرته بالحلق أو التقصير، ثم أحرم للحج، أو أحرم قبل أن يتحَلَّل من عمرته، فيكون إحرام عمرته إحرام [كوفي]، وفي إحرام حجته إحرام مكي.

والأصل فيه: أن يقول المتمتع: [هو أن] يتمم له العمرة والحجة في أشهر الحج من غير أن يلم بأهله فيما بينهما إلماماً صحيحاً، وأن لا يكون من حاضري المسجد الحرام.

[المُتَمَتِّعُ إِذَا سَاقَ الهَدْيَ]

ولو ساق الهدي لتمتعه لا يباح له التحلل بينهما، ويحرم للحج من قبل أن يحل من عمرته، فإذا اجتمعت هذه الأوصاف التي ذكرنا، صار مُتَمَتِّعًا: وعليه هَدْيٌ لتمتعه، ولا يحلق رأسه حتى يذبح هديه، ويباح له الأكل من هديه، ويطعم من شاء غَنِيًّا كان أو فقيراً، ويستحب له أن يتصدق بالثلث.

وروي عن أبي حنيفة أنه قال: يستحب له أن يأكل الثُلُثَ، ويتصدق بالثلث، ويهدي الثلث إلى أقربائه وجيرانه أغنياء كانوا أو فقراء، وكذلك حكم الأضحية، ودم القِران، وهدي التطوع إذا بلغ مَحِلَّه، فإن كان معسراً لا يجد هَدْياً ولا ثمن الهدي، فإنه يصوم ثلاثة أيام في الحج، وإنما يجوز له أن يصوم هذه الأيام الثلاثة بعد إحرام العمرة إلى يوم عرفة، ولا يجوز [له] قبل ذلك ولا بعد ذلك، ولا بعد

يوم عرفة، والأفضل له أن يصوم هذه الأيام الثلاثة: يوم عرفة، ويوم [التروية]، ويوماً قبلهما، حتى يكون آخرها يوم عرفة، فإذا فعل ذلك ثم جاء يوم الحلق، [حلق] أو قَصَّرَ، ثم يصوم سبعة أيام بعد مضي أيام النحر والتشريق عندنا، وقال الشافعي: يصوم السبعة الأيام بعدما رجع إلى أهله، ولا يجوز قبله لقوله تعالى: ﴿وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ﴾[(١)] [البقرة: ١٩٦]، إلا أنا نقول معنىٰ قوله: رجعتم، يعني فرغتم من أفعال الحج.

ولو قدر على الهدي قبل أن يكمل صوم ثلاثة أيام، أو بعد ما أكمل قبل أن يحلق ويحل، وهو في أيام الذبح بطل صومه، ولا يحل إلا بالذبح والهدي، [ولا يجزئه الصوم] ولو وجد الهدي بعدما حلق وحَلّ قبل أن يصوم السبعة الأيام صَحّ صومه[(٢)]، ولا يجب عليه ذبح الهدي، ولو صام ثلاثة أيام ولم يحل حتى مضت أيام الذبح ثم وجد الهدي، فصومه ماضٍ ولا شيء عليه، هكذا روىٰ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة. رواه الكرخي في مختصره[(٣)].

ولو لم يَصُمْ الثلاثة الأيام حتى انقضت أيام النحر، لم يجزه الصوم بعد ذلك، ولا يجزئه إلا الدَّم، فإن لم يجد هَدْياً حَلَّ، وعليه دم المتعة، ودم لإحلاله قبل أن يذبح، ولا دم عليه لترك الصوم.

وأصل هذا كله: قوله تعالى: ﴿فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ فِى ٱلْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ...﴾ الآية [البقرة: ١٩٦].

---

(١) وهو القول الأصح عند الأصحاب بالرجوع إلى أهله ووطنه، ونص عليه الشافعي في (المختصر)، و(حرملة). انظر: المجموع ٧/ ١٨٢؛ المنهاج ص٢٠٥.

(٢) في م (ولا يبطل صومه).

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٠٣.

[القَارِنُ كَالْمُتَمَتِّعِ]

وحكم القَارِن كحكم المُتَمَتِّع في وجوب [الهدي] إن وجده، والصيام إن لم يقدر عليه، ولو طاف المتمتع أكثر طواف عمرته قبل أشهر الحج، وحَجَّ من عامه ذلك، لا يكون متمتعاً، ويكون مفرداً العمرة، ومفرداً الحجة، ولا يجب عليه الهدي / ، ولو طاف أقله قبل أشهر الحج، وأكثره في أشهر الحج كان متمتعاً[١]. [٨٦-ب]

والأصل في باب المناسك: أن للأكثر حكم الكل، وللأقل حكم العدم، فإذا حصل الأكثر قبل أشهر الحج صار، [كأنها كلّها حصلت] قبل أشهر الحج، [وقد ذكرنا: أن التمتع: أن يتمَّ له العمرة والحج في أشهر الحج].

[صُوَرُ التَّمَتُّعِ وَخِلاَفُهُ]

ولو اعتمر في شَوَّال وفرغ منها وحَلَّ، [ثمّ] رجع إلى أهله [ولزمهم حلالاً]، ثم عاد وحجَّ من عامه ذلك، فهذا على ثلاثة أوجه: في وجه: يكون متمتعاً بالإجماع، وفي وجه: لا يكون متمتعاً بالإجماع، وفي وجه: اختلفوا فيه:

أما الوجه الذي يكون متمتعاً: فهو إذا فرغ ، حَلّ من عمرته، ولم يخرج من الحرم حتى أحرم بالحج، أو خرج ولكنه لم يجاوز الميقات حتى عاد وحَجَّ من عامه ذلك، فإنه يكون متمتعاً بالإجماع.

وأما الوجه الثاني[٢]: فهو أن يعود إلى أهله بعد ما حَلّ من عمرته، ثم عاد وحج من عامه ذلك، فإنه لا يكون متمتعاً، ولا يجب عليه الهدي، ويكون مفرداً بعمرة ومفرداً بحجة.

---

(١) مثل أن طاف ثلاثة أشواط في رمضان، وأربعة أشواط في شوال.
(٢) في م (وأمَّا الوجه الذي لا يكون متمتعاً: فهو إذا حَلّ من عمرته).

وأما الوجه الذي اختلفوا فيه: فهو أن يعود بعدَما حَلّ من عمرته تلك إلى غير أهله، وخرج من الميقات ولحق بموضع لأهله التمتع والقِران، واتخذ بذلك الموضع داراً أو لم يتخذ، وَطَّنَ بها أو لم يتوطن، ثم عاد وحج من عامه ذلك، فإنه يكون متمتعـاً في قول أبي حنيفة، وصار كأنه لم يخرج من مكة، وعند أبي يوسف ومحمد: لا يكون متمتعـاً ويكون لحوقه بموضع لأهله التمتع والقران، كلحوقه بأهله.

[التَّمَتُّعُ لِمَنْ أَفْسَدَ عُمْرَتَهُ وحَجَّ مِنْ عَامِه، وصُوَرُهُ المُخْتَلِفَةِ]

ولو اعتمر في أشهر الحج ثمّ أفسدها وأَتَمَّها على الفساد، ثمَّ حَجّ من عامه ذلك، فإنه لا يكون متمتعـاً لما ذكرنا: أن التمتع أن يتمّ له العمرة والحجة، ولو مضىٰ وحج من عامه ذلك، فإنه لا يكون متمتعـاً لما ذكرنا: أن التمتع أن يتم له العمرة والحجة.

ولو قضىٰ وحَجَّ من عامه ذلك، فهذا على ثلاثة أوجه: في وجه يكون متمتعـاً بالإجماع، [وفي وجه: لا يكون متمتعـاً بالإجماع]، وفي وجه: اختلفوا فيه:

أما الوجه الأول [الذي يكون متمتعـاً]: فهو أنه لما فرغ من عمرته الفاسدة وحَلَّ منها، ورجع إلى أهله، ثم عاد وقضىٰ عمرته، وحَجّ من عامه ذلك، فإنه يكون متمتعـاً بالاتفاق؛ لأنه لما لحق بأهله حلالاً، صار من أهل التمتع.

والوجه الذي لا يكون متمتعـاً: هو أنه لما فرغ من عمرته الفاسدة لم يخرج من الحرم، أو خرج منه ولكن لم يجاوز الميقات حتى قضىٰ عمرته، وحَجّ من عامه ذلك، فإنه لا يكون متمتعـاً؛ لأنه لما فرغ من عمرته الفاسدة صار كواحد من أهل مكة، وليس لأهل مكة التمتع، ويكون مسيئاً ويجب لإساءته دم.

وأما الذي اختلفوا فيه: فهو أنه لما حلق[1] [من] عمرته الفاسدة، وعاد إلى

(١) في م (أنه لمَّا حَلَّ منها).

غير أهله خارج الميقات، ثم رجع وقضىٰ عمرته الفاسدة، وحَجَّ من عامه ذلك، فعند أبي حنيفة: لا يكون متمتعاً، كأنه لم يبرح من مكة، وعندهما: يكون متمتعاً؛ لأن لحوقه بموضع لأهله التمتع والقِرَان كلحوقه بأهله، هذا إذا اعتمر في أشهر الحج وأفسدها.

ولو [أنه] اعتمر قبل أشهر الحج وأفسدها وأتمها على الفساد، ولم يخرج من الميقات حتى دخل أشهر الحج، وقضىٰ عمرته في أشهر الحج، وحَجَّ من عامه ذلك فلا يكون متمتعاً، وصار حكمه كمكي تمتع؛ لأنه صار كواحد من أهل مكة، ويكون مسيئاً.

ولو جمع إلى أهله ثم عاد وقضاها في أشهر الحج، وحَجّ من عامه ذلك فهذا على وجهين: يكون متمتعاً بالإجماع، ولو عاد إلى غير أهله فلحق بموضع لأهله التمتع والقِرَان، ثم عاد وقضىٰ عمرته في أشهر الحج، ثم حج من عامه ذلك، فهذا على وجهين في قول أبي حنيفة: في وجه يكون متمتعاً، وفي وجه لا يكون متمتعاً.

أما الوجه الذي يكون متمتعاً: فهو أنه لو رأىٰ هلال شوال خارج الميقات، ولحقته أشهر الحج وهو من أهل التمتع، ثم عاد وقضىٰ عمرته في أشهر الحج، وحَجّ من عامه ذلك، يكون متمتعاً.

وأما الوجه الذي لا يكون متمتعاً: هو أنه رأىٰ هلال شعبان شوال داخل المواقيت، ولحقته أشهر الحج وهو ليس من أهل التمتع، [واتجه][1] إليه النهي عن التمتع، فلا يرتفع عنه النهي حتى يلحق بأهله، [فلا يكون متمتعاً عند أبي حنيفة]، وعند أبي / يوسف ومحمد: يكون متمتعاً في الوجهين جميعاً؛ لأن لحوقه بذلك [٨٧-أ] الموضع كلحوقه بأهله.

(١) في أ (وموعد)، والمثبت من م.

ولو اعتمر في أشهر الحج ثم عاد إلى أهله قبل أن يحل منها، وألمَّ بأهله وهو مُحْرِمٌ، ثم عاد بذلك الإحرام وأتمَّ عمرته، ثم حَجَّ من عامه ذلك، فهذا على ثلاثة أوجه: في وجه يكون متمتعـاً بالإجماع، وفي وجه لا يكون متمتعـاً بالإجماع، وفي وجه اختلفوا فيه.

أما الأول: فهو أنه إذا كان طاف لعمرته ثلاثة أشواط أو أقل، ثم رجع إلى أهله وهو مُحْرِمٌ، ثم عاد وأَتَمَّ عمرته، وحج من عامه ذلك، فإنه يكون متمتعـاً بالإجماع.

وأما الوجه الذي لا يكون متمتعـاً: فهو أنه إذا حَلَّ من عمرته، ثمَّ عاد إلى أهله حلالاً، ثم عاد وحَجّ من عامه ذلك، فإنه لا يكون متمتعـاً؛ لأن إلمامه بأهله صحيح.

وأما الوجه الذي اختلفوا فيه: هو أنه إذا رجع إلى أهله بعدما طاف أكثر طواف عمرته أو كله، فلم يحل بعد، وألمَّ بأهله مُحْرِمـاً، ثم عاد وأتمَّ بقية عمرته، وحَجَّ من عامه ذلك، فإنه يكون متمتعـاً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن إلمامه بأهله لم يصحّ، فصار كأنه لم يبرح من مكة، ألا ترىٰ أنه يباح له العود إلى مكة بذلك الإحرام من غير أن يحتاج إلى إحرام جديد، وفي قول محمد: لا يكون متمتعـاً؛ لأنه أداها بسَفْرَتَين، وقد حصل أكثرهما في السَفْرَة الأولىٰ.

وكذلك إذا اعتمر في أشهر الحج ومِنْ نيَّته التمتع، وساق الهدي لأجل تمتعه، فلما فرغ منها عاد إلى أهله مُحْرِمـاً، ثم عاد وحج من عامه ذلك، فإنه يكون متمتعـاً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن إلمامه بأهله لم يصِحّ، فصار كإقامته بمكة، وعند محمد: لا يكون متمتعـاً[1].

(١) انظر المسائل: فتاوىٰ قاضيخان ١/ ٢٦٨.

[مُتْعَتَا الحَجِّ]

ثم المتعة أربعة: متعتان في الحج، ومتعتان في النكاح(١).

أما اللتان في الحج: فإحداهما مشروعة، والأخرى: منسوخة، فالمشروعة منها ما ذكرنا، والمنسوخة منها: هو فسخ إحرام الحج بفعل العمرة، [وهذه كانت مشروعة](٢) ثم نسخ.

وصورتها: [وهو] أنه إذا دخل مكة بإحرام الحج قبل وقت الحج، فأراد أن يخرج من إحرامه، فإنه كان يأتي بأفعال العمرة ثم يتحَلَّل، ثم إذا حان وقت الحج أحرم للحج من مكة، ثم نسخ ذلك.

[مُتْعَتَا النِّكَاح]

وأما اللتان في النكاح فإحداهما: مشروعة، والأخرىٰ: منسوخة.

وأما المشروعة: فهو أن الرجل إذا تزوج امرأة ولم يسم لها مهراً، ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فإن لها المتعة واجبة معتبرة بحالها، وهي ثلاثة أثواب: درع، ومِلْحَفَة، وخِمَار(٣).

ولو طلقها قبل الدخول بها والمهر مسمّىٰ، يجب نصف المهر.

ولو طلقها بعد الدخول والمهر مسمىٰ، أو غير مسمىٰ، يجب جميع المهر، ويستحب له أن يمتعها مع ذلك بثلاثة أثواب، على قدر حال الرجل، وليس بمجبر عليه.

---

(١) في م (ثنتان في الحج، وثنتان في النكاح).

(٢) في أ (وهذا كان مسندًا)، والمثبت من م.

(٣) لقوله تعالىٰ: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٦].

وأما المنسوخة منهما: فهو إن تزوج الرجل امرأة إلى أجل ليتمتع بها في الأجل، فهذا فاسد لا يجوز، وكان رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أباحه في غزوة غزاها حين اشتد بالناس العزوبة ثم نهىٰ عنه.

وروي عن عمر رضي الله تعالىٰ عنه أنه قال: (متعتان كانتا على عهد رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، وأنا أنهي عنهما وأعاقب عليهما، ولو تقدم إلي فيهما لرجمت: متعة النساء، ومتعة الحج)(١).

[إِدْخَالُ الحَجِّ عَلَىٰ العُمْرَةِ، والعُمْرَةِ عَلَىٰ الحَجِّ]

قال: (**وجائز إدخال الحج على العمرة، ويكره إدخال العمرة على الحج**)(٢).

أما صورة إدخال الحجة على العمرة: فهو أن الآفاقي الذي له التَّمَتُّعُ والقِرَانُ إذا أحرم بالعمرة أولًا، ثم أحرم بالحج بعد ذلك، فإنه يكون محسناً ومصيباً للسُّنَّةِ، ويكون قارناً إذا أحرم بالحج قبل أن يطوف للعمرة أكثر طوافها(٣)، ولو طاف للعمرة أكثر طوافها ثم أحرم بالحج، لا يكون قارناً ويكون متمتعاً.

وأما صورة إدخال العمرة على الحج: فهو أن الآفاقي إذا أحرم بالحج أولاً ثم أحرم بالعمرة بعد ذلك، فهذا مكروه؛ لأنه مأمور بتقديم العمرة، والله تعالىٰ جعل

---

(١) أخرجه الإمام أحمد في المسند ٣/ ٣٢٥؛ والبيهقي في معرفة السنن ٥/ ٣٤٥؛ وسعيد بن منصور في سننه ١/ ٢٥٢؛ وغيرهم.

ويوضح ذلك حديث النهي النهائي عن المتعة: ما رواه سبرة بن معبد رضي الله عنه بقوله: (أمرنا رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم بالمتعة عام الفتح حين دخلنا مكة، ثم لم نخرج حتى نهانا عنها). أخرجه مسلم (١٤٠٦).

(٢) مختصر الطحاوي ص ٦١.

(٣) «وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٩٦]، فجعل العمرة مُقَدَّمَة عليه، ويجوز الجمع بينهما بسنة النبي صلىٰ الله عليه وسلم حين قرن [البخاري (١٤٧٦)؛ ومسلم (١٢٣٢)]». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٠٧.

الحج نهاية للعمرة بقوله: ﴿فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ﴾ (وإلى) كلمة غاية ونهاية، ثم ينظر: إن أحرم بالعمرة قبل أن يطوف لحجته، فإنه يكون قارناً، وعليه أن يطوف أولًا لعمرته ويسعىٰ لها بين الصفا / والمروة، ثم يطوف لحجته ويسعىٰ لها بين الصفا والمروة. [٨٧-ب]

فإن طاف للحج شوطاً [ثمَّ] أحرم بالعمرة، فعليه أن يرفضها ويمضي في حجته، وعليه لرفضها دم وقضاء[1]، ولو لم يرفضها ومضىٰ عليها وأتمَّها، يكون مسيئاً وعليه لإساءته دم، ولا يأكل منها، ولا يجزئه الصوم وإن كان معسراً.

[مَكِّيٌّ أَهَلَّ بِعُمْرَةٍ ثُمَّ بِحِجَّةٍ، أَوِ العَكْسِ]

ولو أن واحداً من أهل مكة أو من أهل الحِلّ ممن ليس له التمتع والقِرَان، أهَلَّ بعمرة [ثم أهَلَّ بحجة] أو أهَلَّ بحجة ثم أهل بعمرة، فإنه يكون مسيئاً؛ لأنه ليس له التمتع والقِرَان، ثم ينظر: إن كان أهلّ بعمرة ثم بحجة قبل أن يطوف لعمرته، فإنه يرفض العمرة ويمضي على حجته، ويجب عليه لرفض عمرته دم وقضاء؛ لما أنه ليس له أن [يجمع][2] بينهما، فلا بد من أن يرفض أحدهما، ورفض العمرة أيسر من رفض الحجة: وهي الحجة الكبرىٰ، لأن الحجة الصغرىٰ هي العمرة.

ولو طاف لعمرته شوطاً أو شوطين أو ثلاثة ثم أهَلَّ بحجته: اختلفوا فيه: قال أبو حنيفة: يرفض الحجة، وعليه لرفضها دم وقضاء حجة وعمرة؛ لأن كل من رفض الحجة وحَلَّ منها بغير طواف، فعليه حجة وعمرة، وقال أبو يوسف ومحمد: يرفض العمرة.

---

(١) «وذلك لأن الطواف المفعول للحج، لم ينفسخ بإحرام العمرة، فيجعل حينئذٍ فعل الحج مقدَّماً على فعل العمرة، وذلك ضد ما يوجبه القِران والتمتع؛ فلذلك لم يرفض العمرة، وقضىٰ بها». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٠٨.

(٢) في أ (يحج)، والمثبت من م.

ولو أحرم بالحج بعدما طاف لعمرته أربعة أشواط، فلا يمكنه أن يرفض العمرة؛ لأنه أتىٰ بأكثرها فيفرغ من العمرة أولًا، ثم يأتي بالحج، وعليه دم لجمعه بينهما، وهذا الدم ليس بدم المتعة، ولكنه دم كفارة للجمع بينهما، لا يأكل هو من ذلك الدم [ولا] يجزئه الصوم، بخلاف الكوفي إذا طاف لعمرته أربعة أشواط ثم أَهَلَّ بالحجة أنه لا دم عليه، هكذا ذكر في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: إن رفض الحج فهو أفضل، وذكر الفقيه أبو الليث في مختلفه: أنه إذا طاف أربعة أشواط لعمرته، يرفض الحجة بالإجماع، ولم يذكر في ظاهر الرواية: الرفض، إذ لو كان له وجه الرفض كان يوجب الدم عليه لرفضه إياها، وقضائها حجة وعمرة، كما أوجب أبو حنيفة في الفصل الأول، ولم يوجب ذلك.

ولو أنه أحرم بالحج أولاً ثم أهل بالعمرة، فعليه أن يرفض العمرة على كل حال.

ولو أن مكياً خرج إلى الآفاق من مكة، فأتىٰ متمتعاً فإنه لا يكون متمتعاً، وإن كان ساق الهدي لمتعته؛ لأن سوق الهدي لا يوجب المتعة، ألا ترىٰ أن الآفاقي إذا ساق الهدي لمتعته، ثم بدا له بعد فراغه من العمرة أن لا يحج من عامه ذلك ولا يتمتع، كان له ذلك، وله أن يحل ويفعل بهديه ما شاء، وإنما التمتع بإضافة الحج إلى العمرة، والمكي وقت إضافة الحجة إلى العمرة هو بمكة، وهو منهي عن التمتع.

وبمثله لو أتىٰ قارناً فإنه يكون قارناً؛ لأنه جمع بين إحرامين وهو من أهل القران، والباب الثاني قد ذكرنا مسائله(١).

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٦٠، ٦١؛ شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٢/ ٥٠١ وما بعدها.

باب ذكر ما يعمل عند الميقات

[مُقَدِّمَاتُ الإِحْرَامِ]

قال الشيخ أبو جعفر: وإذا أتىٰ الرجل الميقات وهو يريد العمرة: تجرد[١] واغتسل، أو توضأ، والغسل أفضل[٢]، ثم يلبس ثوبين إزاراً ورداءً غسيلين أو جديدين، ومسّ من طيبه إن شاء، ويدهن بأي دهن شاء، ويتطيَّب بأي طِيب شاء[٣]، سواء كان يبقىٰ عينه على بدنه بعد الإحرام أو لا يبقىٰ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد وزفر: يكره أن يتطيب بطيب يبقىٰ عينه

---

(١) «أما التجرد، فلما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: من النهي عن لبس القميص، والسراويل، والعمامة ونحوها في الإحرام، بقوله: (لا تلبسوا القميص، ولا العمائم، ولا السراويلات، ولا البرانس) [البخاري (١٤٨٦)؛ ومسلم (١٢١١)]، فقلنا: على هذا محظور عليه لُبْس ما يشمل عليه من الخياطة»، كما قال الجصاص في الشرح ٢/ ٥١٩.

(٢) وأما الغسل، فمسنون عند الإحرام؛ لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال لعائشة رضي الله عنها حين حاضت وكانت مُهِلَّةً بعمرة-: (انقُضي رأسَكِ، وامتشطي، واغتسلي، وأَهِلِّي بالحج) [البخاري (١٤٨١)؛ ومسلم (١٢١١)]، وكذا قوله صلىٰ الله عليه وسلم لأسماء بنت عميس رضي الله عنها حين ولدت: (لتغتسل ولتحرم بالحج ...) [مسلم (١٢٠٦)]، «فدلّ على أن هذا الغُسْل مسنون للإحرام، لا للطهارة؛ لأن غُسل النفساء والحائض لا يطهرهما، والوضوء يجزئ عنه، كما يجزئ عن غُسْل الجمعة؛ لأنه مسنون أيضاً». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٢٠، ٥٢١.

(٣) وذلك لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: (طَيَّبْتُ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم للإحرام حين أحرم)، البخاري (٢٦٧).

بعد الإحرام(١).

ثم يصلي ركعتين ويقول: اللهم إني أريد العمرة فيَسِّرْها لي وتقبلها مني، ثم يلبي في دبر صلاته تلك، والتلبية أن يقول: لبيك اللهم لبيك، لبيك لا شريك لك لبيك، إن الحمد والنعمة لك والملك، لا شريك لك، فإذا أتىٰ بهذه التلبية ناوياً للإحرام، فقد أحرم.

وتكلموا في كسر (إنّ) وفتحها، قال بعضهم: بالكسر أصوب، وقال بعضهم: بالفتح، والأول: أصحّ؛ لأنه روي أن تلبية رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم كانت بالكسر، ولو كان مكان التلبية تهليل، أو تسبيح، أو تحميد، أو تمجيد، أو ما أشبه ذلك من ذكر الله تعالىٰ ونوىٰ به الإحرام، صار مُحْرِماً / سواء كان يحسن التلبية [٨٨-أ] أو لا يحسنها، وكذلك إذا أتىٰ بلسان آخر، [أجزأه] سواء كان يحسن العربية أو لا يحسنها بالإجماع.

[الإِحْرَامُ بِالتَّقْلِيْدِ والإِشْعَارِ والسَّوْقِ]

ولو قلّد بدنته وهو ينوي الإحرام، صار محرماً بالتقليد، والتقليد: أن يعلق على عنِق بدنته قِلادة من شِراك نَعْل، أو عروة من أدم، أو ما أشبه ذلك من الجلود، والتقليد للإبل والبقر، ولو قلد الغنم لا يكون مُحْرِماً وإن نوىٰ الإحرام(٢).

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ٦٢.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٧٣. قال الجصاص: «والتقليد نسك؛ لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم عن تقليد البُدْن [البخاري (١٦٠٨)]؛ قال الله تعالىٰ: ﴿وَلَا ٱلْهَدْىَ وَلَا ٱلْقَلَٰٓئِدَ﴾ [المائدة: ٢]، ويتصدق بذلك كله، كما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (أنه أمر عليًا رضي الله عنه بأن يتصدق بجلال البُدْن وخُطَمها) [البخاري (١٦٢١)؛ ومسلم (١٣١٧)]» ٢/ ٥٨٨.

ولو جَلَّلَ الإبل أو البقر يعني: ألبسها الجُلّ، فلا يكون به مُحْرِماً[١]، ولو أشعر الإبل وهو ينوي به الإحرام، لا يكون محرماً، والإشعار: أن يطعن الجانب الأيسر من السنام ويسيل منه الدم، وهذا مكروه في قول أبي حنيفة، وعند صاحبيه: سنة[٢].

ولو قلد بدنته بغير نية الإحرام لا يصير محرماً، ولو ساق هدياً قاصداً إلى مكة، صار محرماً بالسَّوْق نوىٰ الإحرام أو لم ينو، ولو بعث بها [مقلدةً] على يدي رجل، لا يكون محرماً حتى يلحق [الإبل] ويسوق، فحينئذٍ يصير محرماً إلا في بدنة المتعة، فإنه يصير محرماً بالتوجه نحوها قبل أن يلحقها ويسوقها استحساناً؛ لأن هدي المتعة له حظ و[تأثير] في التبقية على الإحرام، ألا ترىٰ أنه لو ساق الهدي لمتعته، فإنه لا يباح له التحلل من الحج والعمرة.

[نِيَّةُ الإِحْرَامِ]

ولو نوىٰ الإحرام بقلبه من غير أن يأتي بشيء مما ذكرنا، لا يكون محرماً في ظاهر الرواية[٣].

---

(١) «التجليل ليس بنسك، وإنما يوقىٰ بها المحرم الحر والبرد»، كما قال الجصاص في الشرح ٢/ ٥٨٧.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٧٣. «ولأبي حنيفة: أن الإشعار مُثلة في غير الهدي، وليس بنسك في الهدي؛ لما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: (إنما أشعرت علامة للبُدْن)، وإذا لم يكن نسكاً، كان مُثلة». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٨٦.

(٣) أي: لا يصير شارعاً في الإحرام بمجرد النية، ما لم يأت بالتلبية على المذهب، وفي الهداية: «ينوي بتلبيته الحج» ١/ ٣٤٤.

وقال صاحب الوقاية: «ثم لَبَّىٰ ينوي به الحج ...، وإذا لبَّىٰ ناوياً فقد أحرم» ١/ ٢٥٥؛ لحديث أنس رضي الله عنه: (أنه صلىٰ الله عليه وسلم صَلَّىٰ الظهر، ثم ركب راحلته، فلما علا على جبل البيداء، أَهَلَّ)، أبو داود (١٧٧٤)؛ والبخاري أيضاً (١٤٧٦).

وروي عن أبي يوسف أنه قال: يكون محرماً بمجرد النية، وهو قول الشافعي[١].

[الإِكْثَارُ مِنَ التَّلْبِيَةِ]

فإذا أحرم يكثر التلبية بعد ذلك في أدبار الصلاة، وقال الطحاوي: في أدبار الصلوات المكتوبات دون الراتبات والنافلات[٢]، وجعلها بمنزلة التكبير في أيام التشريق، وأما في ظاهر الرواية قال: في أدبار الصلوات من غير تفصيل، وكلما علا شرفاً وهبط وادياً، وكلما لقي رَكْباً، وكلما استيقظ من منامه وبالأسحار، ويرفع صوته بالتلبية، والتلبية على ما ذكرنا في الإحرام، وهي تلبية رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم والتي جاءت بها الأخبار عنه[٣]، وإن زاد عليها أو نقص أجزأه، ولا يضره ذلك شيئاً.

[دُخُوْلُ المَسْجِدِ الحَرَامِ]

فإذا أتىٰ مكة، فلا يضره ليلًا دخلها أو نهاراً، فيدخل المسجد ويبدأ بالحجر الأسود فيستلمه إن استطاع من غير أن يؤذي مسلماً، فإن لم يستطع استقبله بوجهه وبطن كفيه رافعاً بهما حذو منكبيه، فيكبر ويهلل ويحمد الله تعالىٰ ويثني عليه، ويصل على النبي عليه الصلاة والسلام، ويقطع التلبية عند استلام الحجر، ولا يلبي بعده في العمرة.

[هيئة الطواف بالكعبة]

ثم يفتتح الطواف[٤] ويأخذ عن يمينه على باب الكعبة، فيطوف حول الكعبة

---

(١) انظر: المهذب ٢/ ٦٩٨؛ المجموع ٧/ ٢٢٧؛ المنهاج ص ١٩٥.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ٦٣.

(٣) والتلبية أن يقول: «لَبَّيْك اللهم لبَّيْك، لبَّيْك لا شريك لك لبيك، إنّ الحمد والنعمة لك والملك، لا شريك لك»، البخاري (١٤٧٤)؛ ومسلم (١١٨٤).

(٤) فكان افتتاح طوافه صلىٰ الله عليه وسلم ابتداء بالحجر الأسود، كما في حديث جابر الطويل =

بسبعة أشواط يرمل[١] في الثلاث الأول ويمشي في الأربع الباقي على هيئته، فإن زحمه الناس في رمله يمشي رويداً، فإذا وجد مسلكاً يرمل، ويستلم الحجر كلّما مر عليه إن أمكنه[٢] واستطاع، وإن لم يستطع فعل كما وصفنا، وإن استلم الركن اليماني كما يستلم الحجر الأسود فعل، ويكون حسناً[٣]، وإن تركه لم يضره، وروي عن الطحاوي عن محمد: أنه يستلم الركن اليماني ويفعل به كما فعل بالحجر الأسود.

وليكُنْ طوافه في كل شوط من وراء الحطيم، فإن الحطيم من البيت وله أسامي ثلاثة: الحطيم، والحظير، والحِجْر[٤].

= الذي رواه مسلم (١٢١٨)، ومن ثَمَّ قال القدوري: «ثم ابتدأ بالحجر الأسود، فاستقبله، وكبر، ورفع يديه، واستلمه ...، ثم أخذ عن يمينه مما يلي الباب» ص١٤٣، ١٤٤.

(١) الرَّمَل بالتحريك: من رَمَل يرمُل: الهرولة في الطواف، والرَّمَل في السَّعْي: السعي السريع مع هَزِّ الكتفين. انظر: المغرب؛ المصباح؛ معجم لغة الفقهاء (رمل). لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: (رَمَلَ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم من الحجر إلى الحجر ثلاثاً، ومشىٰ أربعاً) [مسلم (١٢٦٢)]، وكان ذلك لإظهار الجَلَد للمشركين؛ لأنهم قالوا: (قد أوهنتهم حُمّىٰ يثرب) [البخاري (١٥٢٥)؛ ومسلم (١٢٢٧)].

قال الجصاص: «كل طواف بعده سعي يَرْمَل فيه، وكل طواف ليس بعده سعي، فلا رَمَلَ فيه»، الشرح ٢/ ٥٢٤.

(٢) لما روي عن عمر رضي الله عنه: (أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قَبَّلَ الحَجَر)، البخاري (١٥٣٢)؛ ومسلم (١٢٧٠).

(٣) وذلك لأنه روي: (أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قَبَّلَ الركن اليماني، ووضع خَدَّه عليه)، أخرجه مسلم (١٢٦٧)، ووضع الخد عليه، فأخرجه الحاكم مرفوعاً في المستدرك، وصححه ١/ ٤٥٦، ووافقه الذهبي؛ وابن خزيمة في صحيحه ٤/ ٢١٧، وغيرهما.

(٤) «والحِجْر: محوط مدور على صورة نصف دائرة، خارج عن جدار البيت من جهة الشام، وليس كله من البيت، بل مقدار ستة أذرع منه من البيت، بحديث عائشة رضي الله عنها، ولكون الحطيم من البيت، يجعل الطواف من خارجه، حتى لو دخل الطائف الفرجة بينه وبين البيت، لا يجوز، إلا أنه إذا استقبل الحطيم، لا تجزئه الصلاة». انظر: البناية ٣/ ٤٩٦.

وإن افتتح الطواف باستلام الحَجَر وختم به، وترك الاستلام فيما بين ذلك أجزأه، وإذا تركه [رأساً] فقد أساء.

فإذا فرغ من السبعة الأشواط: يصلي ركعتين عند المقام أو حيث ما تيسر له من المسجد(١)، ويصلي ركعتي الطواف في وقت يباح له أداء التطوع فيه(٢)، ثم يعود بعدما صَلَّىٰ إلى الحَجَر الأسود فيستلمه إذا استطاع، وإن لم يستطع فعل كما وصفنا.

[السَّعْيُ بَيْنَ الصَّفَا وَالمَرْوَة]

وإنما يعود إليه ليحصل افتتاح السعي بين الصفا والمروة باستلام الحجر، كما يفتتح الطواف باستلامه(٣)، ثم يخرج من باب الصفا نحو الصفا أو من حيث ما تيسر له، فيصعد على الصفا ويقف عليها من حيث يرىٰ البيت، ويحوّل وجهه إلى الكعبة، ويكبِّر، ويُهَلِّل، ويحمد الله تعالىٰ، ويثني عليه، ويصلي / على النبي صلىٰ [٨٨-ب] الله عليه وسلم، ويدعو الله بحاجته، ويرفع يديه، ويجعل بطون كفيه نحو السماء.

ثم يهبط منه نحو المروة ماشياً على هيئته حتى ينتهي إلى بطن الوادي، فإذا كان عند المِيْل الأخضر سعىٰ في بطن الوادي سعياً حتى يجاوز الميل الأخضر،

---

(١) لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (أنه صلىٰ ركعتين بعد الطواف عند المقام، وتلا قول الله تعالىٰ: ﴿وَٱتَّخِذُواْ مِن مَّقَامِ إِبْرَٰهِـۧمَ مُصَلًّى﴾ [البقرة: ١٢٥]؛ ولقوله صلىٰ الله عليه وسلم: (وليُصَلِّ الطائف لكل أسبوع ركعتين)، [البخاري (١٦١٧)؛ ومسلم (١٢٦١)]، والركعتان واجبة. انظر: مختصر الطحاوي ٢/ ٥٢٧.

(٢) لما قال في كتاب الصلاة: فإن كان بعد الصبح، أو بعد العصر، أو عند الطلوع، والزوال، والغروب، فإنه لم يصلهما حتى تحل الصلاة. انظر: مختصر الطحاوي ص٢٤، ٦٣؛ شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٢/ ٥٢٧.

(٣) وذلك لما رُوي: (أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم صَلَّىٰ ركعتين، ثم عاد إلى الحجر واستلمه). أخرجه مالك في الموطأ (١١٢)؛ وهو في حديث جابر الطويل الذي أخرجه مسلم (١٢١٨).

ثم يصعد على المروة مشياً على هيئته، فإن صعد عليها يقف ويستقبل بوجهه نحو الكعبة، ويفعل عليها مثل ما فعل على الصفا، ويطوف بينهما هكذا سبعة أشواط، (يبدأ بالصفا ويختم بالمروة)، ويعد البداية شوطاً والعود شوطاً آخر[١].

ويسعىٰ في بطن الوادي كلما مرّ به، وقال بعضهم: يعد البداية والعود شوطاً واحداً، هكذا ذكر الطحاوي، قال: يبدأ في كل مرة منها بالصفا ويختم بالمروة، ولم يُعَدْ عوده من المروة إلى الصفا شوطاً، والصحيح هو الأول[٢].

فإذا فرغ من السعي حَلَقَ أو قَصَّر، والحلق أفضل[٣]، وقد تمت عمرته وحَلَّ له كل شيء من محظورات الإحرام، وليس عليه في العمرة طواف الصدر. وقال الحسن بن زياد: [يجب] عليه طواف الصدر، رواه الكرخي.

[أَرْكَانُ وَوَاجِبَاتُ العُمْرَةِ]

ثم العمرة أربعة أشياء: إحرام، وطواف، وسعي، وحلق أو تقصير، اثنان منها ركن: وهو الإحرام، والطواف، واثنان منها واجب: وهو السعي، والحلق أو التقصير. والركن لا يجوز عنه البدل، والواجب، يجوز عنه البدل إذا تركه،

---

(١) مختصر الطحاوي ص٦٣.

(٢) ونص الطحاوي بعد أن ذكر الوقوف في الصفا، ثم السعي إلى المروة والوقوف عندها، قال: «... فيفعل عليها كما يفعل على الصفا، حتى يفعل ذلك سبع مرات، يبتدئ في كل مرة بالصفا، ويختم بالمروة»، أُخِذَ على الطحاوي هذه العبارة لما فيها من الإيهام.

حتىٰ علق الجصاص على عبارة (يبتدئ ...) إلى نهايته، بقوله: «فإن هذا غلط، وتجيء على هذا أربعة عشر شوطاً، وإنما عليه سبعة أشواط، فمضيه من الصفا إلى المروة: شوط، ورجوعه من المروة إلى الصفا: شوط آخر، وكذلك على هذا إلى أن يقضي السعي، وعسىٰ أن يكون أراد به: يبتدأ بالصفا أول مرة، ويختم بالمروة في آخره». شرح مختصر الطحاوي ٢/٥٢٨.

(٣) لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «أنه دعا للمحلقين ثلاثـًا، وللمقصرين مرة». البخاري (١٦٤٠).

وما سوىٰ ذلك الأشياء الأربعة: سنن، وآداب، فإذا تركها يكون مسيئاً ولا شيء عليه.

[مَا تُخَالِفُ النِّسَاءُ الرِّجَالَ فِي الحَجِّ وَالعُمْرَةِ]

قال: والنساء في العمرة والحج كالرجال إلاّ في أشياء معدودة، منها: أنهن يلبسن المخيط جملة، ويغطين رؤوسهن [ولا يغطين] وجوههن، ولو غطين وجوههن [جافين]، ولا بأس بأن يسدلن على وجوههنّ شيئاً، ولا يرفعن أصواتهن بالتلبية، ولا يرملن، ولا يسعين في بطن الوادي سعياً بين الصفا والمروة[١]، ولا يحلقن رؤوسهن ولكن يُقَصِّرْنَ ويأخذن من أطراف شعورهن: وهي قدر أنملة.

ويسقط عنها طواف الصدر في باب الحج إذا حِضْنَ، أو نَفَسْنَ عند الصدور، ولا يجب عليهن الدم إذا أَخَّرْنَ طواف الزيارة عن أيام النحر لأجل الحيض والنفاس[٢].

[البناء على الصلاة إذا قطع الطواف والسعي للصلاة]

ولو أقيمت الصلاة وهو يطوف أو يسعىٰ، ترك الطواف والسعي وصَلّىٰ، ثم يبدئ بعد الفراغ من الصلاة؛ لأن الطواف يشبه الصلاة وليس بصلاة على الحقيقة، ثم في الصلاة يجوز البناء في [حال]، ففي الطواف يجوز البناء على كل حال[٣].

---

(١) «وذلك لأن الرَّمَل والسعي، ربما بدا فيهما ما حُكْمه أن يُستَر، والنساء مأمورات بالستر. ولا يَحْلقن؛ لأن الحلق مُثْلَة، وقد روي ذلك عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم» [أبو داود (١٩٨٥)؛ والترمذي (٩١٤)؛ والدارمي ٢/ ٨٩].

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٦٣، ٦٤؛ شرح المختصر ٢/ ٥٢٨، ٢٥٩.

(٣) وقد روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (الطواف حول البيت مثل الصلاة، إلا أنكم تتكلمون فيه، فمن تكلم فيه، فلا يتكلمن إلا بخير) الترمذي (٩٦٠)؛ والحاكم في =

[ترك الركن أو أكثره، وأداء الواجب]

ولو ترك طواف العمرة كله أو أكثره، وسعىٰ بين الصفا والمروة، ورجع إلى أهله فهو مُحْرِمٌ أبداً، ولا يجزئه عنه البدل لما ذكرنا: أن الطواف من أركان العمرة، والركن لا يجوز عنه البدل، وعليه أن يعود إلى مكة بذلك الإحرام، ولا يجب عليه إحرام جديد لأجل مجاوزته الميقات، ويطوف بها أو يكمل الطواف، ويسعىٰ لها بين الصفا والمروة، وسعيه الأول غير جائز؛ لأنه حصل قبل الطواف، والسعي قبل الطواف لا يجوز؛ لأن السعي بمنزلة السجود، والطواف بمنزلة الركوع، فكما أن السجود قبل الركوع لا يجوز ولا عبرة له، فكذلك السعي قبل الطواف لا يجوز ولا عبرة له.

ولو طاف أكثر طواف العمرة، وسعي بين الصفا والمروة، ورجع إلى أهله(١)، فعليه دم لترك أقل طواف عمرته؛ لأنه ركن فيجب الدم لترك أقله، ويجزئه السعي؛ لأنه حصل بعد أكثر الطواف، فصار كأنه حصل بعد كله.

[طواف العمرة على غير طهارة]

ولو طاف جميع طواف العمرة أو أكثره جُنُبًا أو مُحْدِثـًا [يجب عليه إعادة أو دم، ولو طاف أقله مُحْدِثـًا] وأكثره طاهراً، يجب عليه إعادة ما طاف محدثـًا(٢)، أو صدقة لكل شوط نصف صاع من حنطة(٣)، إلاّ إذا بلغت قيمته دمـًا، فينقص ما شاء، ولا يبلغ [به] دمـًا.

= المستدرك ١/ ٤٥٩، وقال: صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي؛ «وذلك لأن قطعه بالكلام وسائر التصرف، لا يمنع البناء، كذلك بالصلاة». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٢٩.

(١) «ومن ترك من طواف الزيارة ثلاثة أشواط فما دونها، فعليه شاة، وإن ترك أربعة أشواط، بقي مُحْرِمـًا أبداً، حتى يطوفها»، كما قال القدوري في مختصره ص١٥٦.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٦٤.

(٣) في م (طعام).

ولو طاف أقله جنباً، يجب عليه إعادة، أو دم؛ لأن نقصان الجنابة أكثر من نقصان الحدث(١)، حتى سَمَّاه / علماؤنا طوافاً فاسداً؛ لكثرة النقصان وهو مع ذلك معتبر، [٨٩-أ] حتى لا يكون طوافه جُنُباً [كالترك له رأساً]، فإذا كان النقصان كثيراً يجب الدم.

وطواف المحدث جائز عندنا(٢)، وعند الشافعي: لا يجوز(٣).

ولا يجب عليه بتأخير طواف العمرة، ولا بتأخير حلقه، أو سعيه شيء بالاتفاق؛ لأنه لا وقت لها، فلا يوصف بالتأخير.

ولو سعىٰ بين الصفا والمروة جُنُباً أو مُحْدِثاً، فلا شيء عليه؛ لأن السعي عبادة تؤدىٰ لا في المسجد.

والأصل: أن كل عبادة تؤدىٰ لا في المسجد من أحكام المناسك فالطهارة فيها ليست بشرط كالسعي، والوقوف بعرفة والمزدلفة، ورمي الجمار ونحوها، وكل عبادة تؤدىٰ في المسجد، فالطهارة من شرطها، والطواف يؤدىٰ في المسجد(٤).

---

(١) «وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَلۡيَطَّوَّفُواْ بِٱلۡبَيۡتِ ٱلۡعَتِيقِ﴾ [الحج: ٢٩]، ولو جعلنا الطهارة من شرطه، كان فيه زيادة في النص، ولا يجوز ذلك إلا بنص مثله، وإذا ثبت الجواز، لزمه دم للنقصان؛ لأن كل من أجازه، أوجب عليه دماً». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٣٠. وقال المرغيناني معلقاً على الآية: «... من غير قيد الطهارة، فلم تكن فرضاً، ثم قيل: هي [الطهارة في الوقت] سُنَّةٌ، والأصحّ أنها واجبة؛ لأنه يجب بتركها الجابر؛ ولأن الخبر يوجب العمل، فيثبت به الوجوب ...»، الهداية ١/ ٤١٠.

(٢) حتى قال الغزنوي: «ومن طاف طواف القدوم محدثاً، فعليه صدقة، فإن طاف جنباً، فعليه شاة، ومن طاف طواف الزيارة محدثاً، فعليه شاة، فإن طاف جنباً، فعليه بدنة، والأفضل أن يعيد الطواف ما دام بمكة، ولا ذبح عليه، فإن طاف طواف الصدر محدثاً، فعليه شاة ...»، الحاوي القدسي ١/ ٣٥٠ (دار النوادر).

(٣) ويشترط لصحة الطواف: الطهارة من الحدث والنجس، في الثوب، والبدن، والمكان الذي يطؤه في الطواف. انظر: المجموع ٨/ ١٦.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص٦٤؛ شرح المختصر ٢/ ٥٣١.

[طَوَافُ العُمْرَةِ فِي جَوْفِ الحِجْرِ]

ولو طاف طواف العمرة في جوف الحِجْر فعليه أن يعيد، والأفضل له أن يعيد الطواف كله حتى يحصل طوافه على الولاء والترتيب، ولو أعاد على الحِجْر[1] خاصة أجزأه؛ لأنه تلافى المتروك، ولو لم يعد حتى عاد إلى أهله، يجب عليه الدم، فيجعل كأنه ترك أقل طواف العمرة؛ لأن الحجر ربع [البيت]، فكأنه ترك من الطواف [رُبُعَه].

[الطواف محمولًا، أو منكوسًا، أو زحفًا، أو من وراء زمزم]

[ولو طيف[2] به لها محمولاً]، فإن كان لعِلَّة أجزأه، وإن كان لغير عِلَّةٍ[3] يجب عليه الإعادة إن كان بمكة، وإن كان عاد إلى أهله يجب عليه دم، ولو طاف منكوساً والمنكوس: [أن يطوف من الجانب الأيسر] ويأخذ من جانبه الأيسر لا على يمينه على باب الكعبة، فيجب عليه إعادته إن كان بمكة على سُنَنِه، وإن رجع إلى أهله قبل الإعادة، يجب عليه الدم.

---

(١) «الحِجْر الحطيم حجر إسماعيل: هو بناء مستدير على شكل نصف دائري، وهذا البناء مغلف بالرخام، وأحد طرفيه محاذ للركن الشامي، والآخر محاذ للركن الغربي، والمسافة التي بين طرفي نصف الدائرة: ثمانية أمتار، والأرض التي بين جدار الكعبة الشماليين وبين الحطيم (هي المعروفة بالحجر)، وهي مفروشة بالرخام، وفي أعلى الجدار الشمالي في منتصف الميزاب الذي وضع لتصريف ماء المطر، الذي ينزل على سطح الكعبة». انظر: مرآة الحرمين ١/ ٢٦٦؛ الجامع اللطيف ص١٣٢.

والحطيم من البيت، كما في حديث عائشة رضي الله عنها [البخاري (١٥٠٧)؛ ومسلم (١٣٣٣)].

(٢) «وذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم طاف راكباً [البخاري (١٥٣٠)؛ ومسلم (١٢٧٢)]، وذكر أن ذلك لشَكَاةٍ كانت به»، :ما صرح في حديث أبي داود (١٨٨١)؛ والبيهقي في الكبرى ٥/ ١٠٠، وقال: هذه زيادة تفرد بها.

(٣) «وإنما لزمه الدم؛ لما فيه من النقص، وأجزأه؛ لأنه قد فعل الطواف»، كما في شرح المختصر ٢/ ٥٣٠.

ولو طاف لها زحفاً يعني: على الدبر، فإن كان غير قادر على المشي أجزأه، ولا شيء عليه، وإن كان قادراً، فعليه الإعادة أو الدم، ولو أوجب على نفسه الطواف بالبيت زحفاً، فعليه أن يطوف ماشياً، وإن طاف زحفاً كما أوجب أجزأه.

ولو طاف من وراء زمزم قريباً من حائط المسجد، أجزأه بعد أن حصل طوافه في المسجد، ولو طاف حول المسجد وبينه وبين الكعبة حيطان المسجد، فإنه لا يجزئه؛ لأن هذا لو جاز، لجاز حول الحرم وحول مكة، والله تعالى يقول: ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ [الحج: ٢٩].

[الطواف في ثوب نجس، أو كشوف العورة]

ولو طاف في ثوب نجس أجزأه، ولا شيء عليه وقد أساء[١]؛ لأن الطواف يشبه بالصلاة وليس بصلاة على الحقيقة، ثم الصلاة في ثوب نجس تجوز في حال، فالطواف يجوز في الأحوال كلها، وقد أساء لشَبَهِه بالصلاة، بخلاف الجنابة والحدث؛ لأن الصلاة معهما لا تجوز بحال.

ولو طاف مكشوف العورة فعليه الإعادة إن كان بمكة، وإن رجع إلى أهله فعليه الدم[٢]، ومحاذاة المرأة الرجل لا يفسد طوافه؛ لأنه ليس بصلاة في الحقيقة[٣].

---

(١) وقال الجصاص معلِّلًا: «وذلك لأن نجاسة الثوب لا تأثير لها في شيء من أفعال المناسك، ولا يمنع من المصحف، وقراءة القرآن، ولا دخول المسجد، وليس مثل الطواف مع الحدث». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٣١.

(٢) «وذلك لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: أنه أمر فنودي بمكة: (ولا يطوف بالبيت عُريان) [البخاري (١٤٥٣)؛ ومسلم (١٣٤٧)]، فنهىٰ عنه مع العُري»، كما في الشرح ٢/ ٥٣١.

(٣) الطهارة وستر العورة، ليسا شرطاً في صحة الطواف في مذهب أبي حنيفة، وهما شرطان عند الثلاثة: مالك، والشافعي، وأحمد، كما ذكر العثماني في رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص٢٢٨. انظر: المهذب ٢/ ٧٥٦؛ المعونة ١/ ٥٧١؛ التفريع ١/ ٣٤٠؛ الروض المربع ص٢٧٣ (مؤسسة الرسالة).

باب ذكر الحج(١)

[الإِحْرَامُ بِالحَجِّ]

قال الشيخ الإمام رحمه الله تعالىٰ: (**إذا أراد الرجل الإحرام بالحج [فعل] كما وصفنا في العمرة**)(٢)، غير أنه يقول بعدما صَلَّىٰ ركعتين: اللهم إني أريد الحج فيسره لي وتقبله مني، ثم يُلَبِّي وهو [ينوي] إحرام الحج، ولا يقطع التلبية عند استلام الحجر.

[طَوَافُ القُدُوْمِ والرَّمَلُ فِيْه]

ويطوف طواف اللقاء(٣)، ويسعىٰ بعده بين الصفا والمروة، فبعد فراغه من السعي ليس له أن يحلق ولا يقصر، ويقيم على إحرامه يطوف بالبيت متىٰ شاء [وكم شاء]، ولا يرمُل في طوافه بل يمشي على هيئته، ولا يسعىٰ بين الصفا والمروة غير السعي الأول(٤).

---

(١) في أ (والعمرة)، وفي م زيادة (وما يعمل فيه)، والمثبت كما في المختصر وشرحه (باب ذكر الحج).

(٢) مختصر الطحاوي ص٦٤.

(٣) وهو طواف القدوم: «ويسقط طواف القدوم عمن وقف بعرفة قبل دخول مكة، ولا شيء عليه بتركه»، الوقاية (مع شرح الوقاية) ١/ ٢٦٦.

(٤) عقب الجصاص على هذه العبارة بقوله: «قوله: (ولا يرمُل في طوافه، ولا يسعىٰ بين الصفا والمروة): ليس بسديد؛ لأنه إن طاف بعد إحرام الحج، وأراد أن يقدِّم السعي بين الصفا والمروة على يوم النحر، كان له ذلك، فإذا أراد ذلك، رَمَل في الطواف الذي بعده سعي»، الشرح ٢/ ٥٣٢.

والأصل: أن كل طواف كان عقبه السعي فالرمل في الثلاث الأول سُنَّة، والعود إلى استلام الحجر بعد الطواف [والصلاة] سنة؛ ليحصل افتتاح السعي باستلام الحَجَر، وكل طواف ليس عقبه السعي، فإن الرمل في الثلاث الأول ليس بسُنة، وكذلك العود إلى استلام الحجر ليس بسنة.

[طواف التطوع]

وما طاف بعد طواف اللقاء والسعي، يكون طواف التطوع، والطواف بمنزلة الصلاة، قال عليه الصلاة والسلام: «**الصلاة خير موضوع فمن شاء استقل**» / [٨٩-ب] «**ومن شاء استكثر**»[١] فكذلك الطواف.

ويصلي لكل أسبوع ركعتين في الوقت الذي يباح فيه التطوع[٢]، ويكره [له] الجمع بين الأسبوعين بغير صلاة [بينهما] في قول أبي حنيفة ومحمد، سواء انصرف على شفع أو عن وتر، وعند أبي يوسف: يباح له إذا انصرف عن وتر، [نحو أن ينصرف عن] ثلاثة أسابيع، أو عن خمسة، أو عن سبعة.

وطواف التطوع أفضل من صلاة التطوع للغرباء، ولأهل مكة الصلاة أفضل؛ لأن الغرباء يفوتهم الطواف ولا تفوتهم الصلاة، وأهل مكة لا يفوتهم الأمران جميعاً، وعند الاجتماع الصلاة أفضل.

وكذلك حكم [الغازي] في دار الحرب، صلاة التطوع أفضل له إذا كان ثَمَّ من ينوب عنه في الحراسة، وإن لم يكن من ينوب عنه فالحراسة أفضل[٣].

---

(١) أخرجه الإمام أحمد في المسند (من حديث طويل) ٥/ ٢٦٥؛ «ورواه الطبراني، ومداره على عليّ بن يزيد، وهو ضعيف». كما قال الهيثمي في مجمع الزوائد ١/ ١٥٩.

(٢) وذلك؛ لأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم صَلَّىٰ بعدما طاف أسبوعاً ركعتين، وتلا قول الله تعالىٰ: ﴿وَٱتَّخِذُواْ مِن مَّقَامِ إِبْرَٰهِـۧمَ مُصَلًّى﴾ [البقرة: ١٢٥].

(٣) ذكر الطحاوي في مختصره عقب الطواف: (ويصلي لكل أسبوع ركعتين) ص٥٣٢، «وذلك لأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم، صَلَّىٰ بعدما طاف أسبوعاً ركعتين، وتلا قول الله =

[أَعْمَالُ يَوْمِ التَّرْوِيَةِ]

هذا دأبه إلى يوم التروية: وهو اليوم الثامن من ذي الحجة، فإذا كان يوم التروية: وهو اليوم الثامن راح مع الناس إلى منىٰ(١) وصَلَّىٰ بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء لأوقاتها، وبات بها ليلة عرفة، وصَلّى صلاة الفجر يوم عرفة بمنىٰ لوقتها المعروف.

[الوُقُوْفُ بِعَرَفَاتٍ يَوْمَ التَّاسِعِ]

فإذا طلعت الشمس دفع منها إلى عرفات(٢) على السكينة والوقار، فإذا انتهىٰ إليها

= تعالىٰ: ﴿وَٱتَّخِذُواْ مِن مَّقَامِ إِبْرَٰهِـۧمَ مُصَلًّى﴾ [البقرة: ١٢٥]، فدلت تلاوته الآية حين أراد الصلاة: أن هذه الصلاة مرادة بالآية، فصارت الصلاة موجبة بالطواف، كإيجابها بالنذر؛ إذ كان وجوبها معلَّقاً بفعله للطواف». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٣٣.

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٦٤. منىٰ مقصور، تذكر وتؤنث-: «شعب طويل، يبتدئ من ضفة وادي (مُحَسِّر) الغربية، وينتهي بجمرة العقبة، ويحيط به جبلان: الجنوبي منها اسمه: الصابح، والشمالي: ثبير الأثيرة، ووجها هذين الجبلين مما يلي منىٰ، منها». نيل المآرب ٢/ ٢٥٨.

ويبعد منىٰ عن المسجد الحرام (٧ كم)، (ومنىٰ من الحرم بلا خلاف)، وقد امتد البنيان حتى أصبح منىٰ حَيًّا من أحياء مكة المكرمة.

وسبب تسميته منىٰ بمنىٰ كما ذكر الأزرقي ـ؛ لما يمنىٰ فيها من الدماء، أي: يراق. انظر: أخبار مكة ٢/ ١٨٠.

وكل ذلك روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم، كما في حديث (جابر الطويل) (١٢٨١).

(٢) وعرفات تقع إلى الجنوب الشرقي من المسجد الحرام، على بعد ٢٢ كم، وإجمالي مساحتها ١٠,٤ كم مربع. انظر: تاريخ مكة قديماً وحديثاً ص١١٥.

حدود عرفات: الحد الشمالي: ملتقىٰ وادي (وصيق) بوادي (عُرَنَة) الغربي: وهو وادي عرنة، (وهذا الوادي فاصل بين الحرم وبين عرفات، فليس واحداً منهما).

الجنوبي: وهو ما بين الجبال الجنوبية لعرفات، وبين وادي عرنة. =

[نزل] بها حيث أَحَبَّ إلا في بَطْنِ عُرَنَة[١]، فإذا زالت الشمس أَذَّن المؤذنون والإمام على المنبر، فإذا فرغوا من الأذان قام الإمام وخطب خطبتين قائماً، ويفصل بينهما بجلسة خفيفة كما يفعل الإمام [في صلاة] الجمعة، وروي عن أبي يوسف أنه قال: يؤذن المؤذنون والإمام في الفسطاط ثم يخرج بعد فراغهم من الأذان ويصعد المنبر.

وروىٰ الطحاوي عن أبي يوسف في باب خطب الحج: أن الإمام يبدأ بالخطبة قبل الأذان، فإذا مضىٰ صدر من خطبته أَذَّن المؤذنون ثم يتم خطبته بعد الأذان[٢].

[الْجَمْعُ بَيْنَ الظُّهْرِ والعَصْرِ بِعَرَفَةَ]

فإذا خطب الإمام وأقام المؤذنون، فصَلَّىٰ بهم صلاة الظهر، ثم يقوم المؤذنون فيقيمون العصر، ولا يشتغلون بالتطوع فيما بينهما، ثم يصلي بهم صلاة العصر، فيصلي الإمام بهم صلاة العصر والظهر في وقت الظهر بأذان [واحد] وإقامتين على ما ذكرنا، إلاَّ إذا اشتغلوا فيما بينهما بالتطوع أو بغيره، أعادوا الأذان للعصر، ويخفي الإمام القراءة فيهما؛ لأنه ظهر كظهر سائر الأيام، وعصر كعصر سائر الأيام.

فإذا كان الإمام مقيماً من أهل مكة، أَتَمَّ كل واحدة من الصلاتين أربعاً أربعاً، ويتم معه القوم وإن كانوا مسافرين؛ لأن المسافر إذا اقتدىٰ بالمقيم في الوقت وجب عليه الإتمام، وإن كان الإمام مسافراً صَلَّىٰ كل واحدة منهما ركعتين

= الشرقي: هي الجبال المقوَّسة على ميدان عرفات، ابتداءً من الثنيَّة التي تنفذ إلى الطائف، وتستمر سلسلة تلك الجبال حتى تنتهي بجبل سعدن، وتعتبر وجوه الجبال المحيطة بعرفات، من عرفات. انظر: نيل المآرب (الاختيارات الجليلة) للبسام ٢/ ٢٥٠.

(١) بطن عُرَنَة بضم العين وفتح الراء والنون: وهو وادٍ بحذاء عرفة من جهة مزدلفة، وهو مسيل ماء المطر بين ثلاثة جبال، أقصاها مما يلي موقف عرفة، ويقع بطن هذا الوادي في آخر مسجد نَمِرة.

(٢) قال الطحاوي: «وبه نأخذ» ص ٧٣.

ركعتين، ويقول إذا سَلَّمَ: أتموا صلاتكم كما قال صلىٰ الله عليه وسلم: «**أتموا يا أهل مكة فإنا قوم سفر**»(١).

ولو أدرك مع الإمام ركعةً من كل واحدة من الصلاتين، جاز له الجمع إذا أدرك من كل صلاة مع الإمام [شيئًا] منها، جاز له الجمع بالاتفاق.

ولو فاتتاه مع الإمام أو فاتته واحدة منهما، صلىٰ العصر لوقتها، ولا يجوز له تقديمها على وقتها في قول أبي حنيفة(٢). وقال أبو يوسف ومحمد: يصليهما جميعاً كما فاتتاه، وهذا إذا كان مُحْرِماً في الصلاتين جميعاً، وأما إذا صَلَّىٰ الظهر مع الإمام وهو حلال من أهل مكة، ثم أحرم بالحج، فإنه يصلي العصر لوقتها، ولا يجوز تقديمها. هكذا ذكر في نوادر الصلاة.

وروي عن أبي حنيفة في غير رواية الأصول أنه قال: يجوز، وهو قول زفر.

[خُطْبَةُ يَوْمِ عَرَفَةَ]

ولو ترك الخطبة وجمع بين الصلاتين، أو خطب قبل الزوال أجزأه، وقد أساء إذا فعل ذلك متعمداً، بخلاف الجمعة فإنه إذا ترك الخطبة أو خطب قبل الزوال، لا تجزئه الجمعة(٣).

---

(١) «أخرجه أبو داود (١٢٢٩)؛ والترمذي والشافعي من حديث عمران مرفوعًا؛ وكذلك ابن خزيمة في صحيحه (١٦٤٣)؛ ومالك في الموطأ من قول عمر بن الخطاب»، كما قال ابن حجر في التلخيص ٢/ ٢٥٢؛ والطحاوي في شرح معاني الآثار ١/ ٤١٧ (وقال ذلك في زمن الفتح). وانظر: نصب الراية ٢/ ١٨٧، ١٨٨.

(٢) وذلك أنّ جواز الجمع عنده متعلق بالإمام؛ لأن للإمام تأثيراً في تغيير الفرض، كمصلي الجمعة مع الإمام، يسقط عنه فرض الظهر. انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٣٣.

«وأيضاً، لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (صَلُّوا كما رأيتموني أُصَلِّي)، وهو صلىٰ الله عليه وسلم جمع بينهما بإمام، فصار الإمام شرطاً في الجمع»، المصدر السابق نفسه.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٨٤

ولو خطب الإمام وصَلَّىٰ بالناس الظهر ثم تبين أنه العصر واليوم يوم غيم، ثم استبان لهم أن الظهر حصل قبل الزوال، فالعصر بعد الزوال، فالقياس: أن يعيد الظهر خاصة، كما في سائر الأيام إذا صَلَّىٰ على ظَنٍّ أنه قد صلىٰ الظهر، ثم تبين أنه لم يصل الظهر، [فإنه يعيد الظهر] لا غير، وفي الاستحسان: يعيدهما جميعاً؛ لأنه صَلَّىٰ [الظهر] قبل وقتها حقيقة وحكماً.

[٩٠-أ] وأما / الوقت الحقيقي فظاهر، وأما الوقت الحكمي ففي هذه الحالة [أن العصر] يحصل عقيب ظهر جائز، ولم يحصل، [فوجب أن يعيدهما] ويعيد الخطبة [أيضاً]، وإن لم يعدها وأعاد الصلاتين جميعاً أجزأه.

ولو أحدث الإمام بعدما خطب فأمر رجلاً بالصلاة، والمأمور لم يشهد الخطبة، جاز له أن يصلي بهم الصلاتين جميعاً، بخلاف الجمعة؛ لأن الخطبة هناك من شرائط الجواز، وهاهنا ليست من شرائطه.

ولو لم يأمر أحداً فتقدم واحدٌ منهم من عرض الناس وصَلّىٰ بهم جميعاً، لم يجز في قول أبي حنيفة؛ لأن المذهب عنده أن الإمام أو من يقوم مقامه شرط لجواز الجمع، وعندهما: يجوز؛ لِمَا أن الإمام ليس بشرط عندهما [لصحة الجمع]، ولو كان المتقدم رجلاً من ذي سلطان: كالقاضي، وصاحب الشُّرَط وغيرهما، أجزأهم بالإجماع.

[اَلْوُقُوفُ بِعَرَفَةَ]

ثم بعد الصلاة يقفون بها إلى غروب الشمس: فَيُكَبِّرُوْن، ويُهَلِّلُوْن، ويَحْمِدُون الله تعالىٰ ويَثْنُون عليه، ويُصَلُّوْن على النبي صلىٰ الله عليه وسلم، ويسألون الله حوائجهم، ويَتَضَرَّعُوْن إليه بالدعاء لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «**أفضل الدعاء دعاء أهل عرفة، وأفضل ما قلت وقالت الأنبياء قبلي قول:**

لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد، يحي ويميت، وهو حي لا يموت، بيده الخير وهو على كل شيء قدير»[١].

وروي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «**إن الله تعالىٰ يباهي ملائكته بأهل عرفة يوم عرفة فيقول: انظروا إلى عبادي جاؤوني شُعثًا غبراً من كل فجٍّ عميق، يطلبون رضاي ويلتمسون مغفرتي، اشهدوا أني قد غفرت لهم، فيرجعون كيوم ولدتهم أمهاتهم**»[٢].

والأفضل له: أن يقف على راحلته، وإن لم يقف على الراحلة، فالوقوف قائماً أفضل، وكل ذلك واسع، وعرفة كلها موقف إلا بطن عُرَنَة، فإنه لا يقف بها[٣].

[الدَّفْعُ إِلَىٰ مُزْدَلِفَةِ]

فإذا غربت الشمس [دفع الإمام والقوم خلفه على السَّكينة والوقار إلى مزدلفة[٤]، فإن دفع منها قبل غروب الشمس] فإنه ينظر: إن جاوز حَدَّ عرفة بعد

(١) الحديث رواه مالك في الموطأ من حديث طلحة بن عبد الله بن كريز مرسلًا، «الموطأ» (٩٤٥)؛ «وروي عن مالك بإسناد آخر موصولاً، ووصله ضعيف»، كما قال البيهقي في الكبرىٰ ٥/ ١١٧.

(٢) «الحديث أخرجه الحاكم وصححه، وأحمد من حديث عبد الله بن عمر» كما قال العراقي في المغني عن حمل الأسفار ١/ ٢١٥؛ وكذا الطبراني في المعجم الكبير ١٢/ ٤٢٥؛ وعبد الرزاق في مصنفه ٥/ ١٦. بألفاظ مختلفة.

(٣) «لِمَا روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (عرفة كلها موقف، إلا بطن عُرَنَة) [أحمد في المسند ٤/ ٨٢؛ وابن ماجه (٣٠١٢)]»

(٤) مزدلفة: تقع بين منى وعرفة، وتسمىٰ جَمْعاً، وحدّها مما يلي منىٰ: ضفة وادي مُحسّر الشرقية، ومما يلي عرفات: هو مفيض المأزمين (الجبلان الواقعان فيما بين عرفة ومزدلفة)، وحَدُّها العرضي: هو ما بين الجبلين الكبيرين: ثبير المريخات)، ومساحتها نحو ١٢,٢٥ كم٢. =

الغروب فلا شيء عليه، وإن جاوز قبل الغروب وجب عليه الدم، ويسقط عنه الدم إذا عاد إلى عرفة قبل الغروب، ثم دفع منها بعد الغروب مع الإمام عندنا، وقال زفر: لا يسقط كما [قال] في مجاوزة الميقات بغير إحرام، إنه يجب عليه الدم، ثم لا يسقط عنه الدم بالعود إلى الميقات وتجديد التلبية بها عنده.

ولو عاد إلى عرفة بعد الغروب فلا يسقط عنه الدم بالإجماع، ثم وقت الوقوف [بعرفة] بعد زوال الشمس من يوم عرفة إلى طلوع الفجر من أول يوم النحر، فمن حصل في هذا الوقت بها وهو عالم أو جاهل، يقظان أو نائم، مفيق أو مغمىً عليه، فوقف بها أو مرَّ ماراً ولم يقف، صار به [مدركًا] للحج لا يَرِدُ عليه الفساد بعد ذلك لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «**الحج عرفة، فمن وقف بعرفة فقد تم حجه**»[1]، غير أنه إذا أدرك عرفة بالنهار فإنه يقف بها إلى غروب الشمس، فإذا لم يقف بها و[لكنّه] مرَّ بها ماراً بعد الزوال قبل الغروب، فعليه الدم، وإن أدركها بعد الغروب، فلم يقف ومرّ بها، فلا شيء عليه، ويكون مدركـًا وتمَّ حجّه.

[فَوَاتُ الْحَجِّ]

وإن لم يدرك عرفات حتى طلع الفجر من أول يوم النحر، فقد فاته الحج، وسقطت عنه أفعال الحج، ويكون فائتـًا للحج، ويتحول إحرامه إلى العمرة، فيأتي بأفعال العمرة ويحل، ويجب عليه قضاء الحج من قابل إلا في وجه واحد: وهو أنه إذا التبس عليه هلال ذي الحجة، فأكملوا عدد ذي القعدة ثلاثين يومـًا، ووقفوا بعرفة، ثم تبين أن ذلك اليوم يوم النحر، فوقوفهم صحيح ومجتمعهم تام، للحديث

= والمشعر الحرام: هو قُزَح، والمشعر الحرام يعرف الآن بمسجد مزدلفة، وكان النبي صلىٰ الله عليه وسلم ينزل عند قبلته. انظر: الوقوف بمزدلفة مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، عدد ٢٩.

(١) الحديث أخرجه الترمذي (٨٨٩)؛ والنسائي في (المجتبىٰ) (٣٠١٦)؛ وابن ماجه (٣٠١٥)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٢/ ٤٦٢؛ والدارقطني في السنن ٢/ ٢٤٠؛ وغيرهم.

المروي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**حجكم يوم تحجون**»(١).

ولو وقفوا في يوم على أنه يوم عرفة، ثم تبين لهم أنه يوم التروية، لم يجزهم؛ لأنه يمكنهم الوقوف بعرفات يوم عرفة.

فإذا أتىٰ مزدلفة نزل بها حيث شاء، ويكره له النزول على قارعة الطريق، ويتنحىٰ يمنة ويسرة عن الطريق حتى لا يتأذىٰ به المارة.

[النُّزُوْلُ بِمُزْدَلِفَةَ، وَالجَمْعُ بَيْنَ المَغْرِبِ والعِشَاءِ]

[٩٠-ب] فإذا غاب الشفق ودخل وقت العشاء / صَلَّى الإمام بهم صلاة المغرب في وقت صلاة العشاء، ثم يصلي بهم صلاة العشاء بأذان واحد وإقامة واحدة(٢)، ولا يشتغل بينهما بالتطوع ولا بغيره، فإن اشتغل بذلك أعاد الإقامة للعشاء.

ولو صَلَّىٰ المغرب وحده والعشاء وحده أجزأه، والسُّنَّة أن يصليهما مع الإمام، ولو صَلَّىٰ المغرب عبد غروب الشمس قبل أن يأتي مزدلفة، فعليه أن يعيدها إذا أتىٰ المزدلفة في قول أبي حنيفة ومحمد(٣)، وقال أبو يوسف: [لا] يعيدها وقد أساء في ذلك، وكذلك لو صَلَّىٰ العشاء في الطريق بعد دخول وقتها، فهو على هذا الاختلاف.

ولو طلع الفجر قبل أن يعيدها بالمزدلفة، عاد إلى الجواز بالإجماع.

---

(١) قال ابن حجر: «لم أجده هكذا»، وإنما روي بمعناه بلفظ: (يوم عرفة اليوم الذي يعرف فيه الناس)، رواه أبو داود في المراسيل، وبلفظ: (عرفة يوم تعرفون) رواه الترمذي. كما في التلخيص ٢/ ٢٥٧.

(٢) كذلك روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم، كما في حديث مسلم (١٢٨٨).

(٣) قال الطحاوي في المسألة: «وإن صلاهما دونها، فإن أبا حنيفة قال: لا يجزيانه، وعليه أن يعيدهما بالمزدلفة، وهو قول محمد، وقال أبو يوسف: يجزيانه» ص٦٥؛ لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم حين قال له أسامة بن زيد رضي الله عنهما قبل بلوغه مزدلفة: الصلاة يا رسول الله: (الصلاة أمامك)، البخاري. (١٥٨٨)؛ ومسلم (١٢٨٠). انظر: شرح المختصر ٢/ ١٥٣٥.

وروىٰ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أنه لا يجوز أن يصليهما في الطريق إلاّ إذا كان في آخر الليل؛ من حيث يطلع الفجر إذا أتىٰ المزدلفة، فحينئذٍ يجوز.

[الوُقُوْفُ بِمُزْدَلِفَة]

ويبيتون ليلة المزدلفة بالمزدلفة، فإذا طلع الفجر صَلَّىٰ الإمام بهم صلاة الفجر بغَلَسٍ، ثم يأتون الموقف فيقفون إلىٰ أن يسفر جداً(١)، ويتضرعون في الدعاء، كما ذكرنا في الوقوف بعرفة.

والمزدلفة كلها موقف إلا وادي مُحَسِّر(٢)، والأفضل أن يكون وقوفه خلف الإمام [بقرب] الجبل الذي يقال له قُزَح، فإذا أسفر جداً دفعوا منها إلى منىٰ قبل طلوع الشمس.

ووقت الوقوف بالمزدلفة: بعد طلوع الفجر من يوم النحر إلى أن يسفر جداً، فمن مَرَّ بها بعد طلوع الفجر [من يوم النحر، أو] حصل في جزء من أجزائها، فقد أتىٰ بالوقوف ولا شيء عليه، غير أن السنة أن يفعل ما وصفنا.

ولو جاوز حَدَّ المزدلفة قبل طلوع الفجر، فعليه دم لترك الوقوف بالمزدلفة، إلاّ إذا كانت به عِلَّةٌ، أو ضعف، فخاف الزحام فدفع منها ليلاً، فلا شيء عليه؛ لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم (أنه رَخَّصَ لضَعَفَة أهله أن يتعجلوا بالليل من

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٦٥. وذلك لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (أنه صَلَّىٰ الفجر يومئذٍ بغَلَس، ودعا، ثم لما أسفر، دَفَع قبل طلوع الشمس)، البخاري (١٥٩٩)؛ ومسلم (١٢٨٩)

(٢) «لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (ومزدلفة كلها موقف، وارتفعوا عن مُحَسِّر) [أحمد في المسند ٤/ ٨٢؛ والطبراني في الكبير ١١/ ٤٧]».

ووادي مُحَسِّر: مسيل ماء فاصل بين مزدلفة ومنىٰ، وليس من واحد منهما، مساحته (٥٤٥) ذراع.

المزدلفة)[١].

[رَمْيُ جَمْرَةِ العَقَبَةِ]

ويأخذ حصا الجمَار[٢] من المزدلفة أو من الطريق، ولا يرمي بحصاة أخذها من عند الجمرة؛ لأنها حصاة من لم يقبل حجه، [لما روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «**من قبل حجه، يرفع حجره**»[٣]]، ولو رمىٰ بها جاز وقد أساء.

ثم يأتي جمرة العقبة[٤] قبل الزوال فيرميها بسبع حصيات في بطن الوادي من الأسفل إلى الأعلىٰ فوق حاجبه الأيمن مثل حصا الخذف[٥]، ويُكَبِّر مع كل حصاة

---

(١) أخرجه الإمام أحمد في المسند ١/ ٢١٢؛ وأبو يعلىٰ في مسنده ١٢/ ١٠٠، وأخرج أبو داود بلفظ (قدّمنا رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أغيلمة بني عبد المطلب على حمرات لنا من جمع) (١٩٤٠)؛ والترمذي (٨٩٣)؛ والنسائي ٥/ ٢٧١؛ وابن ماجه (٣٠٢٥)؛ أورد ابن القيم الحديث: «... وأذن في تلك الليلة لضعفة أهله أن يتقدموا إلى منىٰ قبل طلوع الفجر، وكان ذلك عند غيبوبة القمر، وأمرهم أن لا يرموا الجمرة حتى تطلع الشمس، حديث صحيح صححه الترمذي وغيره». زاد المعاد ٢/ ٢٤٨.

(٢) والجمار والجمرات، واحدتاها جَمْرَة: وهي في الأصل: الحصاة، ويسمىٰ الموضع الذي تُرمىٰ فيه الحصيات السبع: جمرة، والجمرات ثلاثة، وكلها في منىٰ.

(٣) «الحديث أخرجه الحاكم والدارقطني والبيهقي من حديث أبي سعيد الخدري» كما قال ابن حجر في التلخيص ٢/ ٢٥٩؛ قال ابن الملقن: «أخرجه الدارقطني من رواية أبي سعيد الخدري مرفوعاً، لكن بإسناد ضعيف، قال البيهقي: فيُروىٰ من وجه آخر: ضعيف أيضاً عن ابن عمر مرفوعاً، قال: وإنما هو مشهور عن ابن عباس موقوفاً عليه». البدر المنير ٦/ ٢٥٤.

(٤) جمرة العقبة، أو العقبة الكبرىٰ، أو العقبة، ورميها تحية منىٰ، وموقعها: حدود منىٰ من الجانب الغربي من جهة مكة المكرمة.

وجمهور الفقهاء: بأن العقبة ليست من منىٰ، كما قال النووي، والشافعي، وابن عابدين من الحنفية، والبهوتي من الحنابلة. انظر: المجموع ٨/ ١٤٧؛ حاشية ابن عابدين ٢/ ١٧٩؛ كشاف القناع ٢/ ٥٨١.

(٥) لأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم كذلك فَعَل، وقال: (ارموا بمثل حصىٰ الخَذَف)، مسلم (١٢٩٩، ١٢٨٢).

يرميها[١]، ويقطع التلبية عند أول حصاة رماها[٢]، ولا يرمي يومئذٍ من الجمار غيرها، ولا يقف عندها، وبأيّ شيء رمي من الأرض أجزأه، حجراً أو طيناً أو غير ذلك، بعد أن يكون من جنس الأرض.

ولو رمىٰ جمرة العقبة بعد طلوع الفجر قبل طلوع الشمس جاز عندنا[٣]، وقال الشافعي: لا يجوز إلا بعد طلوع الشمس[٤]، فالأفضل عندنا: أن يرمي بعد طلوع الشمس حتى يجوز بالاتفاق.

ثم يرجع إلى منىٰ، فإن كان معه نُسُك ذبحه، وإن لم يكن معه فلا يضره؛ لأنه مُفْرِدٌ بالحج، ولو كان قارناً أو متمتعاً فلابد له من الذبح على ما قدمنا، ثم يحلق أو يقصر[٥]، والحلق أفضل، وقد حَلَّ له كل شيء إلا النساء[٦].

---

(١) كذلك روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم، [البخاري (١٦٦٤)].

(٢) مختصر الطحاوي ص٦٥. وذلك لما روىٰ الفضل بن العباس رضي الله عنهما، وكان رديف النبي صلىٰ الله عليه وسلم من مزدلفة إلى منىٰ: (أنه قطع التلبية عند أول حصاة رمىٰ بها جمرة العقبة)، البخاري (١٦٠١)؛ ومسلم (١٢٨١).

(٣) أربعة أشياء تُفعل يوم النحر، ولا شيء عليه في التقديم والتأخير: ١- الرمي. ٢- والحلق. ٣- وطواف الزيارة. ٤- والذبح. انظر: خزانة الفقه ص٩٠.

(٤) بل قال النووي: «يدخل وقتها بنصف ليلة النحر». المنهاج ص٢٠٢.

وقال الشيرازي: «وإن رمىٰ بعد نصف الليل، وقبل طلوع الفجر، أجزأه؛ لحديث عائشة رضي الله عنها: (أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أرسل أم سلمة رضي الله عنها يوم النحر، فرمت قبل الفجر، ثم أفاضت ...)، أخرجه أبو داود، وإسناده صحيح على شرط مسلم. المجموع ٨/ ١٣٩.

(٥) لأن الحلق مؤخّر عن الذبح، قال الله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا۟ رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْهَدْىُ مَحِلَّهُۥ﴾ [البقرة: ١٩٦]. شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٣٧.

(٦) مختصر الطحاوي ص٦٥. وذلك لما روت عائشة قالت: (طَيَّبْتُ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم لإحرامه حين أحرم، ولإحلاله قبل أن يطوف بالبيت)، البخاري (١٤٦٥)؛ ومسلم (١١٨٩).

[طواف الزيارة والتحلل الأكبر]

ثم يطوف بالبيت من يومه ذلك، أو من الغد أو بعد الغد، ولا يؤخرها عنها، وأفضلها أولها، فيطوف بالبيت طواف الزيارة ولا يرمل فيه؛ لأنه لا سعي عقيبه؛ لأنه قد طاف أولاً طواف اللقاء وسعىٰ بين الصفا والمروة، (والسعي للحج مرة واحدة)(١).

ولو لم يكن طاف في الابتداء طواف اللقاء ولا سعىٰ، فإنه يرمل في طواف الزيارة، ويسعىٰ بين الصفا والمروة للحج عقب طواف الزيارة، فإذا طاف طواف الزيادة أو أكثره فقد حَلَّ له النساء أيضاً(٢).

[المَبِيْتُ بِمَنَىٰ ورَمْيُ الجِمَارِ الثَّلاَثِ]

ثم يخرج إلى منىٰ ولا يبيت بمكة ولا بالطريق، ويكره له أن يبيت في غير منىٰ في أيام منىٰ(٣)، فإذا كان اليوم الثاني من أيام النحر: أتىٰ الجمار الثلاثة بعد الزوال، فيبدأ بالجمرة التي تلي مسجد الخيف ويرميها بسبع حصيات مثل حصاة الخذف، / ويُكَبِّرُ مع كل حصاة يرميها، ويقف عندها ويكبر، ويهلل، ويحمد الله تعالىٰ، [٩١-أ]

---

(١) في م (وسعي العمرة والحج واجب) مكان القوسين.

(٢) وعبارة الطحاوي «ثم أتىٰ البيت، فطاف به سبعة أشواط، لا يَرْمُل فيهن، ولا يسعىٰ بين الصفا والمروة معهن، وهو طواف الزيارة، فإذا فعل ذلك، فقد حلّ له النساء» ص٦٥، وعقب الجصاص عليه بقوله: «إذا كان قد قَدَّم السعي بين الصفا والمروة بعد طواف القدوم للحج، فإن لم يكن سعىٰ حينئذٍ، فإنه يرمُل في طواف الزيارة، ويسعىٰ». شرح المختصر ٢/٥٣٨.

(٣) وذلك لأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم، بات هو وأصحابه رضي الله عنهم بها، ورخَّص للعباس رضي الله عنه في البيتوتة بمكة لأجل السقاية. [البخاري (١٦٥٨)؛ ومسلم (١٣١٥)].

وكان عمر رضي الله عنه يمنع الناس أن يبيتوا دون العقبة [أخرجه مالك في الموطأ (٢٠٨، ٢٠٩)]. شرح مختصر الطحاوي ٢/٥٣٨.

ويثني عليه، ويصلي على النبي عليه الصلاة والسلام، ويدعو الله بحاجته ويرفع يديه عند الدعاء(١)؛ لأنه روي في الخبر: «**لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن**»(٢) وذكر فيها: «**عند المقامين وعند الجمرتين الأوليين**».

ثم يأتي الجمرة الوسطىٰ فيفعل بها كما فعل في الأولىٰ، ثم يأتي جمرة العقبة فيفعل بها كما فعل بالاثنين، ولا يقف عندها، ثم يدفع إلى رحله، فإذا كان اليوم الثالث من يوم النحر: أتىٰ الجمار الثلاث بعد الزوال، فرماهن كما رمىٰ بالأمس، ويقف عند الأوليين(٣)، ولا يقف عند العقبة.

[النَّفْرُ الأَوَّلُ]

فإن أراد أن ينفر(٤) ويدخل مكة نفر قبل غروب الشمس(٥)، وإن لم ينفر حتى

---

(١) لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم فيه [مسلم (١٢٩٩)].

(٢) أورده الهيثمي بإسنادين وقال: «رواه الطبراني في الكبير والأوسط ....، وفي الإسناد الأول محمد بن أبي ليلىٰ، وهو سيء الحفظ، وحديثه حسن إن شاء الله تعالىٰ، وفي الثاني عطاء بن السائب، وقد اختلط». مجمع الزوائد ٣/ ٢٣٨.

(٣) قال الجصاص معلّلًا ذلك: «وكل جمرة بعدها أخرىٰ، وقف عليها، وكل جمرة ليس بعدها إلا الانصراف، لم يقف عندها، وكذلك روي في الآثار [حديث ابن عمر في البخاري (١٦٦٥)]، وهذا الدعاء هو الذكر المأمور به والله أعلم في قوله جل وعلا: ﴿وَٱذْكُرُواْ ٱللَّهَ فِىٓ أَيَّامٍ مَّعْدُودَٰتٍ فَمَن تَعَجَّلَ فِى يَوْمَيْنِ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ وَمَن تَأَخَّرَ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ٢٠٣]». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٣٩.

(٤) النَّفر بسكون الفاء: وهو الرجوع، يقال: «نَفَرَ الحاجّ من منًى: دفعوا، وللحاج نفران: فالأول: هو اليوم الثاني من أيام التشريق، والنَّفْر الثاني: هو اليوم الثالث منها»، المصباح (نفر).

(٥) وأما تعجيل النفر، فالأصل فيه قول الله تعالىٰ: ﴿فَمَن تَعَجَّلَ فِى يَوْمَيْنِ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ وَمَن تَأَخَّرَ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ٢٠٣].

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (أيام منىٰ ثلاثة، فمن تعجل في يومين، فلا إثم عليه) [أخرجه أبو داود (١٩٤٩)؛ والترمذي (١٨٩)، وقال: هذا أجود حديث رواه سفيان الثوري، ثم نقل عن وكيع أنه قال: هذا الحديث أم المناسك].

غربت الشمس فالأفضل له: أن لا ينفر حتى يرمي الجمار الثلاث من الغد، ولو نفر قبل طلوع الفجر فلا شيء عليه وقد أساء(١)، فإن طلع الفجر عن آخر أيام التشريق(٢) قبل أن ينفر، [فقد وجب] عليه الإقامة إلى النفر الثاني، ويرمي في ذلك اليوم كما رمىٰ بالأمس، ولو نفر قبل الرمي وجب عليه الدم(٣).

[وَقْتُ الرَّمْيِ]

وأما وقت الرَّمْي فإنه يرمي في اليوم الأول جمرة العقبة: قبل الزوال [ولا يرميها قبل طلوع الشمس، ويمتد هذا الوقت عند أبي حنيفة: إلى غروب الشمس، وعند أبي يوسف: إلى وقت الزوال]، ولو رمىٰ بعد الزوال أو رماها بالليل قبل طلوع الفجر من اليوم الثاني فلا شيء عليه، لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (أنه أَذِنَ للرُّعَاء أن يرموا بليل)(٤).

ووقت الرمي في اليوم الثاني: بعد الزوال، ولو رماهن قبل الزوال لا يجوز، ولو رماهن بالليل قبل طلوع الفجر من اليوم الثالث، جاز، ولا شيء عليه.

ووقت الرمي في اليوم الثالث: بعد الزوال أيضاً، ولو رماهن قبل الزوال لا يجوز.

وروي عن أبي [حنيفة] أنه قال: يجوز الرمي قبل الزوال إذا نفر في ذلك اليوم،

---

(١) «وإن نفر جاز؛ لأن الليل في باب الرمي في حكم اليوم الذي قبله، ألا ترىٰ أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم رخّص للرُّعاء أن يرموا ليلاً» [شرح معاني الآثار ٢/ ٢٢١؛ الدارقطني ٢/ ٢٧٦]؛ وأن مَن أخّر الرمي إلى الليل، لم يلزمه شيء عند من يرىٰ التأخير نقصاً». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٤١.

(٢) في م (طلع الفجر من اليوم الثالث من أيام التشريق).

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص٦٩؛ «لأنه تأخر إلى اليوم الثالث، وإنما أبيح ترك الرمي لمن عجل النفر»، الشرح ٢/ ٥٤١.

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرك ١/ ٦٦٥؛ وابن الجارود في المنتقىٰ ١/ ١٦٥.

وإن أقام إلى النفر الثاني فلا يجوز قبل الزوال، وإن أخرهنّ إلى الليل، جاز كما ذكرنا.

ووقت الرمي في اليوم الرابع بعد الزوال، فإن رماهن قبل الزوال جاز عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز، فأبو حنيفة قاس اليوم الرابع على اليوم الأول، وفي اليوم الأول يجوز قبل الزوال بالإجماع(١)، وهما قاسا على اليوم الثاني والثالث، ولو لم يرمهن في اليوم الرابع حتى غربت الشمس سقط، ولا يرميها بالليل؛ لأنه مضىٰ وقت الرمي، ويجب عليه دم للسقوط(٢).

[النفر الثاني]

ولو أراد أن ينفر في النفر الأول، أو في النفر الثاني، فإنه يحمل ثَقَلَه(٣) معه ويكره تقديمه إياه(٤)، وينزل بالأبطح ساعة، ويقال له المحصّب: وهو موضع بين منىٰ ومكة؛ لأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم نزل به.

ثم يدخل مكة فيطوف طواف الصدر لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «**من حجَّ هذا البيت فليكن آخر عهده بالبيت الطواف**»(٥)، وخفف عن

---

(١) وعلَّل الجصاص ذلك بقوله: «لأنه وقت الرمي، والدليل عليه: أن وجوبه متعلق بكونه هناك وقت الفجر، ومحال أن يكون وقتاً للوجوب، ولا يجوز فيه الفعل». شرح المختصر ٢/ ٥٤١.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٤١؛ فتاوىٰ قاضيخان ١/ ٢٦٢.

(٣) «الثَقَلُ: متاع المسافر وحَشَمه، والجمع أثقال»، المغرب (ثقل).

(٤) «يعني: قبل النفر، روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قال: (من قَدَّم ثَقَلَه فلا حج له) [أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٣/ ٤٠٥]؛ ولأن في تقديم ثقله شغل فكره عن استيفاء ما يفعله من النسك». شرح المختصر ٢/ ٥٤٢.

(٥) أخرجه مسلم (١٣٢٧) وغيره من أصحاب السنن والمسانيد.

النساء الحُيَّض[1]، ويصلي ركعتين ثم يرجع إلى أهله، وقد تَمَّ حجه.

وذكر الكرخي عن أبي حنيفة: أنه إذا فرغ من طواف الصدر أتىٰ المقام[2] فصلىٰ ركعتين، ثم أتىٰ زمزم[3] ويشرب من مائها ويَصُبُّ على وجهه ورأسه، ثم يأتي الملتزم: وهو موضع بين الحجر الأسود والباب[4]، فيضع صدره ووجهه عليه ويتشبث بأستار الكعبة ويدعو، وليس فيه دعاء مؤقت، ثم يرجع[5].

---

(١) «لما رُوي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: أنه أَقَرَّ صَفِيَّة رضي الله عنها أن تنفر قبل أن تطوف للصدر، ولم يوجب عليها شيئاً» [البخاري (٣٢٢)؛ ومسلم (١٢١١)].

(٢) المَقَام بفتح الميم: موضع قدم القائم، هي حجارة، وكان يقوم عليها سيدنا إبراهيم عليه السلام عند بناء البيت لرفع الحجارة، حيث قام هذا على الحجر، فغاصت فيه قدماه، وموقعه أمام الكعبة (على مسافة عشرين ذراعاً، وثلثا ذراع، وثمن ذراع)، كما ذكر ابن جماعة في هداية السالك ٣/ ١٣٥١.

(٣) وزَمْزَم كجعفر-: بئر عند الكعبة معروفة، وهو علم منقول، وقيل: مرتجل، سميت بذلك؛ لكثرة مائها؛ إذ الزَّمّ: الكثير، أو لضم هاجر أم إسماعيل لمائها حين انفجرت، والزَّم: الضم، أو لزمة جبريل، أي: تكلميه عند فجر مائها، أو لأن الفرس لما كانت تحج، تزمزم عندها، والزمزم: صوت يخرجه الفرس من خياشيمها، وقيل غير ذلك. عدة الإنابة في أماكن الإجابة، للمحجوب، ص١٢٢.

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم في ماء زمزم: (زمزم لما شرب له)، أخرجه ابن ماجه (٣٠٦٢)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٥/ ١٤٨؛ والدارقطني في السنن ٢/ ٢٨٩، وغيرهم؛ والحديث فيه كلام كثير، وقد ألّف الحافظ ابن حجر فيه جزءاً، وحاصل ما ذكره: أنه مختلف فيه، فضعفه جماعة، وصححه آخرون، قال: والصواب: إنه حسن لشواهده. انظر: عدة الإنابة في أماكن الإجابة ص ١٢٥.

(٤) والمُلْتَزَم بضم الميم وفتح الزاي-: ما بين الحَجَر الأسود والباب، ومقداره نحو مترين، وهو المشهور، وهو ما عليه الجمهور.

(٥) والدعاء فيه مستجاب؛ لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (ما دعا أحد بشيء في الملتزم، إلا استجيب له). [أخرجه الديلمي في الفردوس ٤/ ٩٤؛ وأخرج الأزرقي عن مجاهد قوله: (... ولا يقوم عبد فيدعو الله عز وجل بشيء، إلا استجاب له)، وقال محققه: (إسناده حسن) ١/ ٤٨٢.

وذكر في العيون هكذا إلَّا أنه قال في آخره: أنه يستلم الحجر ويكبر ثم يرجع، وروي عن أبي حنيفة أنه قال: إن دخل البيت فَحسنٌ وإن لم يدخل أجزأه ولا يضره، فهذه صفة الحجة المفردة.

وإذا أراد أن يعتمر بعد فراغه من الحجة وبعدما مضت أيام النحر [والتشريق] كان له ذلك، ولكنه يخرج إلى التنعيم: وهو موضع في الحِلِ، فيحرم بها في أي موضع شاء في الحِلّ؛ لأنه لما فرغ من الحجة وبعد ما مضىٰ [أيام النحر والتشريق]، صار كواحد من أهل مكة، وميقات أهل مكة للعمرة: الحل، وللحجة: دويرة أهله.

والنساء في جميع ما ذكرنا كالرجال إلا في أحكام مخصوصة / على ما ذكرنا [٩١-ب]
في العمرة.

[أَرْكَانُ الحَجِّ وَوَاجِبَاتُهُ]

[ثم اعلم بأن] أركان الحج ثلاثة: الإحرام، والوقوف بعرفة، وطواف الزيارة.

وواجباته خمسة: السعي بين الصفا والمروة، والوقوف بالمزدلفة، ورمي الجمار، والحلق أو التقصير، وطواف الصدر[(١)]، وما سواها فهو سُنَنٌ[(٢)] وآداب.

ثم الركن لا يجزئ عنه البدل، ولا يتخلص عنه بالدم إلا بإتيان عينه، والواجب يجزئ عنه الدم إذا ترك، ولو ترك السنة والأدب، فقد أساء ولا شيء عليه.

وللحج أطوفة ثلاثة:

---

(١) وزاد أبو الليث: الإحرام من الميقات. خزانة الفقه ص٨٧.

(٢) «وسنن الحج ستة أشياء، ويجوز الحج مع تركها، ولكنه يصير مسيئاً، ولا شيء عليه، وهي: ١- طواف القدوم. ٢- الرَّمَل في الطواف. ٣- والهرولة في السعر. ٤- والبيتوتة بمنىٰ أيام المنىٰ. ٥- والبيتوتة بمزدلفة. ٦- واستلام الحجر الأسود». خزانة الفقه ص٨٧.

أحدها: طواف اللقاء، ويُسَمَّىٰ: طواف التحية، وطواف أول العهد بالبيت(١).

والثاني: طواف الزيارة، ويسمىٰ أيضاً: طواف يوم النحر، وطواف الركن.

والثالث: طواف الصدر، ويسمىٰ: طواف الوداع، وطواف الإفاضة، وطواف آخر العهد بالبيت(٢).

وطواف اللقاء سنة، ولو تركه لا شيء عليه، والسعي عقبه واجب، فإذا ترك السعي يسعىٰ عقب طواف الزيارة على ما ذكرنا، ولو تركه فعليه الدم.

وطواف الزيارة ركن، فإذا تركه لا يجزئ عنه البدل، وهو مُحَرَّمٌ من النساء أبداً حتى يطوف طواف الزيارة.

[طواف الوداع]

وطواف الصدر واجب إلاّ على المرأة الحائض، والنفساء، وإذا تركه من يجب عليه، فعليه الدم(٣)، وليس على أهل مكة طواف الصدر، فكذلك من كان

---

(١) ويسمىٰ أيضاً: بطواف القدوم.

(٢) وهناك أطوفة أخرىٰ، مثل:

طواف العمرة: وهو ركنها الأعظم.

وطواف الصدور: وهو واجب على الآفاقي، ما لم ينو التوطن بمكة قبل حل النفر الأول.

طواف تحية المسجد: وهو مستحب لكل من دخل المسجد، إلا إذا كان عليه غيرهن فيقوم مقامه.

طواف التطوع: وهو ما زاد على ذلك بلا سبب.

وكل واحد من هذه الأنواع له حكم يخصه، فينظر في مظانه لمن أراد.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص٦٦؛ «لأنه واجب عندنا كالسعي والرمي ونحوها؛ لأمر النبي صلىٰ الله عليه وسلم به: (لا ينفرن أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت) [أخرجه مسلم (١٣٢٧)].

أهل داخل المواقيت، فليس عليهم طواف الصدر، وروي عن أبي يوسف أنه قال: أحب إلي أن يطوف المكي، وليس ذلك بواجب [عليه].

[أَحْكَامُ مَنْ تَوَطَّنَ بِمَكَّةَ]

ولو أن الحاج من أهل الآفاق نوىٰ الإقامة بمكة، وتوطن بها، واتخذها داراً، فإن كان نوىٰ قبل أن يحل النفر الأول سقط عنه طواف الصدر، [وإن كان بعد ما شرع في الطواف، لا يسقط، فيتمّه]، ولو نوىٰ بعدما حل النفر الأول قبل أن يشرع في الطواف للصدر، فقد ذكر الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد: قال أبو يوسف: يسقط وهو ظاهر الرواية، وقال محمد: لا يسقط.

ولو أطال المقام بمكة من غير نية الإقامة [ولم يتخذها داراً]، لم يسقط عنه طواف الصدر بالإجماع، إلاّ أن الأفضل: أن يطوف طواف الصدر عند الصدور(١)، لما روينا من الخبر عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «**من حج هذا البيت، فليكن آخر عهده بالبيت: الطواف**» الخبر إلى آخره(٢).

[تَأْخِيرُ النُّسُكِ عَنْ زَمَانِهِ]

ثم الأصل عند أبي حنيفة: أنه إذا أَخَّر النُّسُك عن زمانه أو عن مكانه يجب عليه الدم(٣)، وقال أبو يوسف: لا شيء عليه وقد أساء، وقال محمد في المكان كما قال أبو حنيفة، وفي الزمان كما قال أبو يوسف.

---

(١) انظر: البدائع ٣/ ١١٣٢.

(٢) أخرجه مسلم (١٣٢٧).

(٣) والدم يذبح بمكة، لا يجزئه في غيرها، والأصل فيه: أن كل دم تعلق وجوبه بالإحرام، لم يجز ذبحه إلا بمكة؛ لقول الله تعالىٰ: ﴿هَدْيًا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ﴾ [المائدة: ٩٥]؛ ولقوله تعالىٰ: ﴿ثُمَّ مَحِلُّهَآ إِلَى ٱلْبَيْتِ ٱلْعَتِيقِ﴾ [الحج: ٣٣]؛ ولاتفاق الفقهاء على أن هدي جزاء الصيد والمتعة لا يجزيان إلا في الحرم، والمعنىٰ فيه: أن وجوبه متعلق بالإحرام، وكذلك كل هدي هذا وصفه». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٤٣.

وبيان هذا: وهو أنه إذا أَخَّرَ طواف الزيارة عن أيام النحر، أو أَخَّر الحلق عن أيام النحر في الحج، أو أَخَّر رمي جمرة العقبة من اليوم الأول إلى اليوم الثاني، أو أخر الجمار الثلاثة من اليوم الثاني إلى الثالث، أو أخر من اليوم الثالث إلى اليوم الرابع، ففي هذا كله يجب عليه الدم في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: لا شيء عليه وقد أساء[1].

ولو أَخَّرَ جمرة العقبة عن اليوم الثاني إلى اليوم الثالث، أو من اليوم الثالث إلى اليوم الرابع، فإنه يجب عليه صدقة، ولا يجب عليه الدم.

ويجب لكل حصاة نصف صاع من حنطة إلاّ إذا بلغت قيمة الطعام دماً فينقص ما شاء، ولا يبلغ دماً، بخلاف ما إذا أَخَّرَ جمرة العقبة من اليوم الأول إلى الثاني؛ لأن جمرة العقبة في اليوم الأول جميع الرمي؛ لأنه لا يرمي في ذلك اليوم غيرها.

وفي اليوم الثاني ثُلُث الرمي فيكون يؤخر الأقل، فيجب عليه لتأخير الأقل صدقة، ولو أَخَّر جمرتين، يجب عليه [الدم؛ لتأخير الأكثر، وعندهما: لا شيء عليه للتأخير، ولو أَخَّر الجمار كلها إلى آخر أيام التشريق: وهو] اليوم الرابع، فعليه أن يرميهن كلهن على الولاء والترتيب قبل غروب الشمس، فأولًا يرمي جمرة العقبة ثم يرمي الجمار الثلاثة، ويجب عليه دم واحد لتأخير الكل؛ لأن جنس الجناية واحد، جمعها إحرام واحد من جهة غير متقومة، فيكفيه دم واحد، كما إذا حلق ربع رأسه يجب عليه دم، ولو حلق جميع رأسه عليه دم أيضاً، [وكذلك لو طيّب عضوًا واحدًا، يجب عليه الدم]، ولو تطيب الأعضاء يكفيه دم واحد أيضاً، ولو
[٩٢-أ] لبس ثوباً / واحداً يجب عليه دم، [وكذلك] لو جمع ثياباً فلبسها [يومًا كاملاً] يجب عليه دم [واحدٌ] إذا كان ثوباً كاملاً، كذلك هنا.

(١) انظر: مختصر القدوري ص١٥٦.

بخلاف ما إذا قتل [صيوداً][1] يجب عليه لكل صيد جزاء على حدة؛ لأنه من جهة متقومة.

ولو غربت الشمس في اليوم الرابع سقط، وعليه دم واحد في قولهم جميعاً؛ لأنها من واجبات الحج، فعليه دم للسقوط[2].

ولو أَخَّر السَّعي [بين الصفا والمروة] حتى حَلّ من حجته، وطاف طواف الزيارة، وحَلّ له النساء، فإنه يسعىٰ ولا شيء عليه، ولو رجع إلى أهله قبل السعي، فعليه دم، وإن أراد أن يعود إلى مكة يعود بإحرام جديد، ويسعىٰ ويسقط عنه الدم، وكذلك لو أَخَّر طواف الصدر، أو أخر طواف العمرة، أو حلق العمرة، فلا شيء عليه؛ لأنه لا وقت لهذه الأشياء، هذا حكم تأخير النسك عن زمانه.

[تَقْدِيْمُ النُّسُكِ عَنْ زَمَانِهِ أَوْ مَكَانِهِ]

وأما تقديم النسك على زمانه: فهو أن القارن والمتمتع إذا حلق أولاً ثم ذبح، يجب عليه الدم عند أبي حنيفة، وعندهما: لا شيء عليه، وإن كان مفرداً بالحج فلا شيء عليه بالإجماع.

وأما تأخيره عن مكانه: فهو أن مكان الحلق في العمرة والحج الحرم، فلو حلق خارج الحرم فيهما جميعاً، وجب عليه الدم عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا شيء [عليه].

قال: (**ومن ترك طواف الزيارة وطاف طواف الصدر، أجزأه عن طواف الزيارة، وكان عليه دم لترك طواف الصدر**)[3]؛ لأن الأصل: أن أفعال المناسك تترتب على موجب عقد الإحرام، فإذا نوىٰ خلاف موجب العقد [بطلت نيته، والعقد] يوجب

(١) في أ (صيداً)، والمثبت من م.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص١٥٦؛ فتاوىٰ قاضيخان ١/ ٢٦٣.

(٣) مختصر الطحاوي ص٦٦.

تقديم طواف الزيارة على طواف الصدر، فإن نوىٰ الصدر قبل الزيارة (يوجب العقد [بطلان] نيته[١]، ويكون عما أوجبه العقد)، ألا ترىٰ أن القارن لو طاف أولاً لحجته، وسعىٰ لها بين الصفا والمروة، ثم طاف لعمرته وسعىٰ لها، فإنه يكون الطواف الأول وسعيه للعمرة، والثاني للحج؛ لأن العقد أوجب تقديم أفعال العمرة على أفعال الحج[٢].

وكذلك لو وقف بعرفة بنية التطوع، أو طاف للزيارة في وقته بنية التطوع، أو طاف للصدر في وقته بنية التطوع، فإنه لا يكون عما نوىٰ، ويكون عما أوجبه العقد.

ثم جملة هذا لا يخلو: إما أن يتركهما جميعاً طواف الزيارة وطواف الصدر، أو طاف للزيارة ولم يطف للصدر، أو طاف للصدر ولم يطف للزيارة، وعاد إلى أهله أو لم يَعُدْ:

أما إذا تركهما جميعاً، فإن كان بمكة فإنه يعيدهما، فإن أعاد طواف الزيارة في أيام النحر فلا شيء عليه، وإن أعاده بعد أيام النحر، فعليه دم للتأخير عند أبي حنيفة، وعندهما: لا شيء عليه للتأخير، ولا [شيء عليه] لتأخير طواف الصدر بالإجماع.

وإن رجع إلى أهله (فهو محرم من النساء أبداً، فيعود إلى مكة بذلك الإحرام، ولا يحتاج إلى إحرام جديد، فيطوف طواف الزيارة وطواف الصدر، وعليه لتأخير طواف الزيارة عن أيام النحر [دم] عند أبي حنيفة، وعندهما: لا شيء عليه[٣].

وإن طاف للزيارة ولم يطف للصدر، فإن كان بمكة أتىٰ به ولا شيء عليه للتأخير، وإن رجع إلى أهله)[٤] فإنه لا يعود إلى مكة، وعليه دم لترك طواف

(١) في م (لغت نيته عما أوجب العقد).
(٢) انظر: شرح المختصر ٢/ ٥٤٤.
(٣) انظر: مختصر القدوري ص١٤٨.
(٤) ما بين القوسين ساقطة من م.

الصدر، فإذا أراد أن يعود عاد بإحرام جديد للعمرة، فإذا فرغ منها طاف طواف الصدر ثم رجع.

وإن طاف للصدر ولم يطف للزيارة، فإن طواف الصدر ينتقل إلى طواف الزيارة، ثم إن كان بمكة يأتي بطواف الصدر وعليه لتأخير طواف الزيارة عن أيام النحر دم إن كان أَخّره في قول أبي حنيفة، وعندهما: لا شيء عليه للتأخير، وإن عاد إلى أهله فعليه دم لترك طواف الصدر بالاتفاق، ودم لتأخير طواف الزيارة عن أيام النحر إن كان أَخَّره في قول أبي حنيفة، وعندهما: لا شيء عليه في التأخير.

ولو أنه طاف للزيارة ثلاثة أشواط وترك أكثره، ولم يطف طواف الصدر، فحكم هذا كأنه إذا لم يطف للزيارة، فيكون محرماً من النساء أبداً حتى يعود إلى مكة بذلك الإحرام، ويطوف/ ما بقي من طواف الزيارة، ويطوف للصدر، وعليه [٩٢-ب]
دم لتأخير أكثر طواف الزيارة عند أبي حنيفة، وعندهما: لا شيء عليه[١].

[طَوَافُ بَعْضِ أَشْوَاطِ طَوَافِ الزِّيَارَةِ]

ولو طاف للزيارة أكثره ولم يطف الصدر، فإن كان بمكة أو لم يجاوز الميقات يعود بغير إحرام، فيطوف ما بقي عليه ويطوف للصدر، وعليه لتأخير الأقل من طواف الزيارة صدقة على الاختلاف الذي ذكرنا، وإن رجع إلى أهله فعليه دمان بالاتفاق: دم لترك أقل طواف الزيارة، ودم لترك جميع طواف الصدر، وإن أراد أن يعود إلى مكة يعود بإحرام جديد للعمرة؛ لأنه حَلَّ له النساء وكل شيء، فإذا فرغ من عمرته يطوف ما بقي عليه من طواف الزيارة، ويطوف للصدر، وعليه صدقة لتأخير الأقل من طواف الزيارة على الاختلاف.

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص١٥٦.

ولو طاف في الزيارة بعضه، وطاف للصدر بعد أيام النحر فجملة هذا لا يخلو: إما أن يطوف من طواف الزيارة أكثره، وطاف للصدر بعد أيام النحر، أو طاف للزيارة أقله وطاف للصدر كله بعد أيام النحر، ولا يخلو: إما أن يرجع إلى أهله، أو كان مقيماً بمكة.

أما إذا طاف للزيارة أكثره وهو أربعة أشواط، وطاف للصدر بعد أيام النحر؛ نقل منه ثلاثة أشواط إلى طواف الزيارة، ثم إذا كان بمكة طاف للصدر ثلاثة أشواط، وعليه صدقة لتأخير أقل طواف الزيارة على الاختلاف، فإن رجع إلى أهله فعليه صدقة لترك أقل طواف الصدر بالاتفاق: يطعم لكل شوط نصف صاع من حنطة، وعليه صدقة لتأخير أقل طواف الزيارة عند أبي حنيفة، [وعندهما: لا شيء عليه].

وإن طاف للزيارة أقله: وهو ثلاثة أشواط، وطاف طواف الصدر كله، نقل منه أربعة أشواط إلى طواف الزيارة، فإن كان بمكة يطوف للصدر أربعة أشواط، ولا شيء عليه عندهما، وعند أبي حنيفة: عليه دم لتأخير أكثر طواف الزيارة.

وإن رجع إلى أهله يجب عليه دمان عند أبي حنيفة: دم لتأخير أكثر طواف الزيارة، ودم آخر لترك أكثر طواف الصدر، وعندهما: عليه دم واحد لترك أكثر طواف الصدر.

والجملة في ذلك أن نقول: في ترك الأقل من طواف الزيارة دم بالاتفاق، وفي تأخير أقله صدقة عند أبي حنيفة، وفي ترك كله أو أكثره لا يخرج من الإحرام على ما ذكرنا، وفي تأخير كله أو أكثره دم على الاختلاف، وفي ترك الأقل من طواف الصدر صدقة، وفي ترك كله أو أكثره دم، ولا شيء عليه في التأخير[1].

---

(١) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ١/ ٢٦٤.

[طواف بعض أشواط الوداع، وبعض الزيارة]

ولو طاف من الزيارة بعضه ومن الصدر بعضه، فهذا لا يخلو: إما أن يطوف من كل واحد منهما أكثره، أو [يطوف من كل واحد] منهما أقله، أو يطوف من الزيارة أكثره ومن الصدر أقله، أو من الزيارة أقله ومن الصدر أكثره، ولا يخلو: إما أن رجع إلى أهله، أو لم يرجع.

أما إذا طاف من كل واحد منهما أكثره، فإنه ينقل من طواف الصدر ثلاثة أشواط إلى طواف الزيارة حتى يتم ذلك، ثم إن كان بمكة فإنه يطوف للصدر ستة أشواط حتى يتم ذلك، وعليه لتأخير الأقل من طواف الزيارة صدقة على الاختلاف.

وإن طاف للصدر بعد أيام النحر، فإن رجع إلى أهله، فعليه دم لترك أكثر طواف الصدر بالاتفاق، وعليه ثم صدقة لتأخير أقل طواف الزيارة على الاختلاف.

ولو طاف من كل واحد منهما أقله، فإنه يكون ما طاف للصدر للزيارة، فيتم ذلك ستة أشواط، فإن كان بمكة يطوف شوطاً لطواف الزيارة، [ويطوف] طواف الصدر، وعليه دم لتأخير أكثر طواف الزيارة على الاختلاف.

وإن رجع إلى أهله يجب عليه دمان: دم لترك طواف الصدر، ودم لترك شوط من طواف الزيارة، وعلى قول أبي حنيفة: يجب صدقة مع ذلك لتأخير الأقل من طواف الزيارة: وهو ثلاثة أشواط؛ لأنه لما وجب الدم لترك شوط من طواف الزيارة، صار/ كأنه طاف أربعة أشواط وأخَّر ثلاثة [أشواط]. [٩٣-أ]

وإن طاف من الزيارة أكثره ومن الصدر أقله، ضُمَّ ذلك إلى طواف الزيارة وتَمَّ ذلك، فإنه إن كان بمكة، فإنه يطوف للصدر، وعليه صدقة لتأخير الأقل من طواف الزيارة على الاختلاف، وإن رجع إلى أهله، فعليه دم لترك طواف الصدر بالاتفاق، وعليه صدقة لتأخير الأقل من طواف الزيارة على الاختلاف.

وإن طاف من الزيارة أقلّه ومن الصدر أكثره، نقل هذا إلى طواف الزيارة وتمَّ ذلك، فإن كان بمكة طاف للصدر، وعليه الدم لتأخير أكثر طواف الزيارة على الاختلاف، فإن رجع إلى أهله، فعليه دم لترك طواف الصدر بالاتفاق، وعليه صدقة لتأخير أقل طواف الزيارة على الاختلاف.

وإن طاف من الزيارة أقله ومن الصدر أقله، نقل هذا إلى طواف الزيارة على ما ذكرنا، فإن كان بمكة طاف للصدر، وعليه دم لتأخير أكثر طواف الزيارة على الاختلاف، ولو رجع إلى أهله، فعليه دم لترك طواف الصدر، ودم لتأخير أكثر طواف الزيارة عند أبي حنيفة، وعندهما: لا شيء عليه للتأخير[1].

[الطَّوَافُ عَلَى غَيْرِ الطَّهَارَةِ]

وإذا طاف على غير الطهارة فهذا لا يخلو: إما أن يطوف جُنُبًا أو مُحْدِثًا، ولا يخلو: إما أن يكون في طواف اللقاء، أو في طواف الزيارة، أو في طواف الصدر، ولا يخلو: إما إن عاد إلى أهله، أو كان بمكة.

أما إذا طاف طواف اللقاء مُحْدِثًا أو جُنُبًا فإنه يعيد، وإن لم يُعِده فلا شيء عليه؛ لأنه لو ترك أصلاً لا يجب عليه شيء، ولكن حكم السعي بين الصفا والمروة عقبه يختلف: إن طاف مُحْدِثًا فالسعي بعده جائز، ولا يجب عليه الإعادة عقب طواف الزيارة، إلاّ أن الأفضل له: أن يرمل في طواف الزيارة ويسعىٰ عقبه، وإن لم يعد أجزأه.

ولو طاف جنبًا وسعىٰ عقبه للحج، فإنه يجب عليه السعي عقب طواف الزيارة ويَرْمُلُ فيه، وإن لم يُعِدْ السعي حتىٰ عاد إلى أهله يجب عليه الدم، والجُنُب والمُحْدِث في القياس سواء، إلا أن الجنب أشدهما حالاً، وحكم الحائض كحكم الجنب [والنفساء].

---

(١) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ١/ ٢٦٤.

وأما طواف الزيارة فإن طافه مُحْدِثـاً، أو أكثره محدثـاً، إن كان بمكة فإنه يعيد، غير أنه إن أعاد في أيام النحر سقط عنه الدم، وإن أعاده بعد أيام النحر، فعليه الدم للتأخير عند أبي حنيفة، وعندهما: لا شيء عليه، ولو رجع إلى أهله من غير إعادة، يجب عليه الدم بالإجماع.

[ولو طاف أكثره مُحْدِثًا وأقله طاهرًا، إن رجع إلى أهله من غير إعادة، يجب عليه الدم بالإجماع]، ولو طاف أقله مُحْدِثـاً وأكثره طاهراً، فإن رجع إلى أهله يجب عليه الصدقة لكل شوط نصف صاع من حنطة، إلاَّ إذا بلغت قيمته دمـاً، فإنه ينقص متىٰ شاء، وإن كان بمكة وأعاده [طاهرًا] سقطت الصدقة عندهما، وعند أبي حنيفة: تسقط عنه إن أعاده في أيام النحر، وبعد أيام النحر [لا تسقط] إلاّ أنه تجب الصدقة للتأخير.

ولو طاف كله أو أكثره جُنُبـاً، فإن كان بمكة [فإنه يعيد] طاهراً، فإن أعاده في أيام النحر سقطت البَدَنَة[1] عنه، وإن أعاده بعد أيام النحر سقطت البدنة أيضـاً، ولكن يجب عليه دم في قول أبي حنيفة، وعندهما: لا شيء عليه للتأخير.

وإن رجع إلى أهله من غير إعادة ولم يطف طواف الصدر: أيضـاً يجب عليه بدنة: [بقرة] أو بعيراً لطواف الزيارة جنبـاً، وشاة لترك طواف الصدر، ويحل له النساء؛ لأنه طاف طواف الزيارة[2].

والبدنة تجب في [باب] الحج في موضعين:

أحدهما: في طواف الزيارة جنبـاً.

---

(١) البَدَنَة: نَاقَةٌ أو بقرة ولا يتناول الشاة ـ، والجمع: بدَنات، وبدُن أيضـاً بضمتين وإسكان الدال تخفيف. انظر: المغرب؛ المصباح (بدن).

(٢) انظر: الهداية ١/ ٤٠٩، ٤١٠؛ شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٣٠.

والثاني: إذا جامع امرأته بعدما وقف بعرفة قبل طواف الزيارة[١].

ولو أنه أراد أن يعود إلى مكة إن لم يجاوز الميقات يعود بغير إحرام، ويعيد طواف الزيارة، ويطوف للصدر، وعليه دم لتأخير طواف الزيارة على الاختلاف، وإن كان جاوز الميقات، فإنه يعود بإحرام جديد للعمرة، فإذا فرغ من عمرته أعاد طواف الزيارة.

ولو [طاف] أقله جُنُباً وأكثره طاهراً، فإن رجع إلى أهله يجب عليه الدم، ويجزئه الشاة، وإن كان/ بمكة أعاده طاهراً، وسقط عنه ما وجب عليه عندهما، [٩٣-ب] وعند أبي حنيفة: إن أعاده في أيام النحر سقط، وإن أعاده بعدها، يجب عليه صدقة لتأخير الأقل من طواف الزيارة: لكل شوط نصف صاع من حنطة.

ولو طاف طواف الصدر كله جُنُباً أو أكثره، يجب عليه الدم، ويجزئه الشاة إن كان رجع إلى أهله، وإن كان بمكة فأعاده، سقط عنه، ولا يجب عليه للتأخير شيء بالاتفاق، [وإن طاف أقلّه جنبًا، فإن رجع إلى أهله، يجب عليه لكل شوط صدقة: نصف صاع من حنطة، وإن كان بمكة وأعاده، سقط بالإجماع].

وإن طاف طواف الصدر كله محدثـًا، أو أكثره محدثـًا، ففيه روايتان: في رواية: يجب عليه الدم، وفي رواية: يجب عليه الصدقة.

وإن أعاد طاهراً سقط عنه بالإجماع، وذكر الكرخي في مختصره هذه المسألة على الاختلاف فقال: على قول أبي حنيفة: يجب عليه الدم؛ لأنه واجب، فصار كطواف العمرة، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: تجب الصدقة؛ لأن حكمه أخف من طواف العمرة، لأن طواف العمرة ركن لا تصح العمرة إلا به، وطواف الصدر ليس بركن يسقط لعذر الحيض والنفاس، والشاة تجزئه إذا تركه بغير عذر، ونقصان الأداء مع الحدث قليل فيكفيه الصدقة، ولو طاف أقله محدثـًا يجب عليه

---

(١) انظر: خزانة الفقه ص٩٥.

[الصدقة] في الروايات كلها، وتسقط بالإجماع [إذا] أعاد.

ولو طاف طواف الزيارة جُنُباً، وطاف طواف الصدر طاهراً أو مُحْدِثاً، نقل طواف الصدر إلى طواف الزيارة؛ لأن نقصان الجنابة كثير، ألا ترىٰ أنه يجب عليه البدنة لأجله إذا رجع إلى أهله، وفي طوافه محدثاً يكفيه الشاة؛ فلذلك نقل طواف الصدر إلى طواف الزيارة، ثم ينظر: إن كان بمكة فإنه يطوف للصدر ولا شيء عليه لأجله، وإن عاد إلى أهله، فعليه دم لترك طواف الصدر، وهل يجب عليه لأجل طواف الزيارة شيء؟

فإن كان طاف للصدر في أيام النحر طاهراً نقل إليه، ولا شيء عليه بالاتفاق، وإن طاف بعد أيام النحر، فعليه دم لتأخير طواف الزيارة عن أيام النحر في قول أبي حنيفة، وعندهما: لا شيء عليه للتأخير.

وإن طاف للصدر [والزيارة] مُحْدِثاً فإن كان في أيام النحر، فعليه دم لطواف الزيارة مُحْدِثاً، ولا يسقط عنه ذلك الدم بإعادته طاهراً بعد أيام النحر في قول أبي حنيفة؛ لأنه لو سقط عنه دم الحدث، يجب عليه للتأخير دم عنده، فلا فائدة في الإعادة، وعندهما: يعيد ويسقط الدم بالإعادة.

وإن طاف للصدر [والزيارة] بعد أيام النحر [مُحْدِثًا] عند أبي حنيفة: يجب عليه دمان: دم لتأخير طواف الزيارة، ودم لطواف الصدر محدثاً، وعندهما: دم واحد للحدث، فإن أعاد طواف الزيارة طاهراً وهو بمكة، فلا شيء عليه عندهما، وعند أبي حنيفة: بالإعادة يسقط أحد الدمين الذي وجب عليه للحدث، ولا يسقط عنه دم التأخير، ولو لم يعد طواف الصدر حتى رجع إلى أهله، فعليه دم لترك طواف الصدر بالإجماع.

ولو طاف طواف الزيارة محدثاً، وطاف للصدر طاهراً، ورجع إلى أهله، فإنه لا ينقل طواف الصدر إلى طواف الزيارة؛ لأنه لا فائدة في النقل، لأنه لو نقل يجب

عليه دم لترك طواف الصدر بالإجماع، وإن كان بمكة فإنه ينظر: إن كان طاف للصدر في أيام النحر نقل طواف الصدر إلى طواف الزيارة؛ لأن في النقل فائدة: وهو سقوط الدم لأجل طواف الزيارة مُحْدِثًا، ثم يطوف للصدر ولا شيء عليه.

وإن طاف للصدر بعد أيام النحر، لم ينقل عند أبي حنيفة؛ لأنه لا فائدة في النقل، لأنا لو نقلنا يجب عليه الدم لتأخير طواف الزيارة، فلا ينقل، وعليه دم بالطواف للزيارة محدثاً، سواء كان بمكة أو عاد إلى أهله، وعندهما: ينقل؛ لأن في النقل فائدة؛ [لأنه] لا يجب عندهما لأجل التأخير شيء، ويعيد طواف الصدر(١).

[طَوَافُ وَسَعْيُ القَارِنِ]

قال: (**والقَارِن عند قدومه مكة يطوف طوافين، ويسعىٰ سعيين**): يطوف أولاً لعمرته [ويصلّي ركعتين كما ذكرنا في المفرد] ويسعىٰ لها بين الصفا والمروة، ثم يطوف لحجته [ويصلي ركعتين] ويسعىٰ بين الصفا والمروة، [كما ذكرنا في المفرد] وهذا عندنا(٢)، وعند الشافعي: يطوف لهما طوافاً واحداً ويسعىٰ لهما سعياً واحداً.

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٣٠؛ فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ٢٦٤، ٢٦٥.

(٢) مختصر الطحاوي ص٦٦؛ «وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَأَتِمُّواْ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِۚ﴾ [البقرة: ١٩٦]، والطواف والسعي لكل واحد منهما على الانفراد من إتمامهما؛ بدلالة أن المنفرد لكل واحد منهما يلزمه إفراد الطواف والسعي له، وإذا صَحَّ أنهما من إتمامهما بحال، لزمه فعلهما بعموم اللفظ، ولا يجوز إسقاطه إلا بدلالة.

وأيضاً: روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه: أنه طاف لهما طوافين، وسعىٰ سعيين، وقال: (هكذا رأيت النبي صلىٰ الله عليه وسلم فعل) [ابن أبي شيبة في المصنف ٣/ ٢٩١؛ الطحاوي شرح معاني الآثار ٢/ ٢٠٥؛ والبيهقي في السنن والآثار ٧/ ٢٧٨].

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (خذوا عني مناسككم)، فوجب بمجموعي الخبرين: وجوب الطوافين والسعيين». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٤٤، ٥٤٥.

وأصل المسألة: أن القارن مُحْرِمٌ بإحرامين عندنا ولا يدخل إحرام العمرة بإحرام الحجة، [وعنده]: يدخل إحرام العمرة في إحرام الحجة ويكون مُحْرِماً بإحرام واحد.

ويتفرع من هذه مسائل ثلاث: إحداها هذه المسألة. والثانية: أنه إذا تناول محظور إحرامه يجب عليه دمان عندنا، وعنده دم واحد. والثالثة: أنه إذا أحصر يحل بهديين عندنا، وعنده: بهدي واحد(١).

ولو طاف القارن طوافين متواليين، وسعىٰ لهما سعيين متواليين، أجزأه وقد أساء، حيث قدم طواف الحج على سعي العمرة، وهو مأمور بتقديم أفعال العمرة على أفعال الحج.

ولو طاف أولاً لحجته وسعىٰ لها، ثم طاف لعمرته وسعىٰ لها، فالطواف الأول والسعي الأول يكون للعمرة، ونيته لغو لما ذكرنا: أن أفعاله تترتب على موجب عقد الإحرام، والعقد أوجب تقديم أفعال العمرة على الحجة، [فلغت] نيّته.

وبعدما فرغ من أفعال العمرة لا يحلق ولا يقصر، ولا يحل(٢) إحرام الحجة، بخلاف المُفْرِدِ بالعمرة، وكذلك لا يقطع التلبية عند أخذه في [طواف العمرة] لأجل إحرام الحجة، ويفعل بعد ذلك كما يفعل المفرد بالحج، غير أنه إذا رمىٰ جمرة العقبة في أول يوم النحر قبل الزوال، فعليه أن يذبح هدي قِرَانه، ثم يحلق أو يقصر، ولو حلق أولاً ثم ذبح ففيه دم عند أبي حنيفة، وعندهما: لا شيء عليه، وإن كان معسراً لا يجد ثمن الهدي، فإنه يصوم [ثلاثة أيام في الحج، آخرها يوم عرفة، ولا يجزئه أن يصوم شيئًا منها بعد يوم عرفة] كما ذكرنا في التمتع.

ولو أنه وقف بعرفة بعد الزوال من يوم عرفة قبل طواف العمرة، صار رافضاً

---

(١) انظر: المهذب ٢/ ٦٨١؛ المجموع ٧/ ١٦٤؛ المنهاج ص ٢٠٤؛ ورحمة الأمة ص ٨٨.
(٢) في م (لأجل إحرام الحجة).

لعمرته، وعليه لرفضها دم وقضاء عمرة بعد أيام التشريق، ويسقط عنه دم القران، وكذلك إذا طاف لعمرته ثلاثة أشواط أو أقل من ذلك، [ثم وقف بعرفة، فإنه يكون رافضًا للعمرة، ولا يكون قارنًا].

ولو طاف لعمرته ولكنه لم يسعَ بين الصفا والمروة، أو طاف لها أربعة أشواط ثم وقف بعرفة، فإنه لا يكون رافضـًا للعمرة، ويكون قارنـًا ودم القران على حاله واجب، وعليه أن يسعىٰ للحج عقب طواف الزيارة، ويقضي ما بقي عليه من عمرته وهو: ثلاثة أشواط [من الطواف] ويسعىٰ بين الصفا والمروة.

ولو وقف بعرفة قبل الزوال من يوم عرفة، فلا يكون رافضـًا للعمرة؛ لأنه لا عبرة لهذا الوقوف.

ولو توجه إلى عرفة بعد الزوال قبل أن يطوف للعمرة، فعلىٰ قياس قول أبي حنيفة: ينبغي أن يكون رافضـًا للعمرة [بمجرد] التوجه، كما قال في مصلي الظهر في منزله بعد الجمعة -إذا توجه إلى الجمعة والإمام في الصلاة بعد، فلما أتىٰ المسجد فرغ الإمام من صلاته- فإن ظهره قد ارتفض، كذلك هاهنا، وفي الاستحسان: لا يكون رافضـًا لعمرته حتى يقف بعرفة بعد الزوال، وأما على قول أبي يوسف ومحمد. لا يصير رافضـًا لعمرته ما لم يقف بعد الزوال قياسـًا واستحسانـًا؛ لأنهما قالا في مصلي الظهر في منزله إذا توجه إلى الجمعة: لا يرتفض ظهره ما لم يدرك شيئـًا من الجمعة، وذكر الطحاوي هاهنا بينهم اختلافـًا، وأجاب لأبي حنيفة بالقياس(١).

[القَارِنَةُ تَحِيْضُ قَبْلَ طَوَافِ العُمْرَةِ]

قال: وإذا دخلت المرأة مكة معتمرة، وهي تريد الحج بعد العمرة، أو دخلتها

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٦٦، شرح المختصر ٢/ ٥٤٤، ٥٤٥؛ شرح الوقاية ١/ ٢٦٨.

قارنة فحاضت قبل أن تطوف بالبيت لعمرتها، أو نفست وخافت فوت الحج، [إن] انتظرت إلى وقت طهرها [قبل أن تطوف لعمرتها]، ولا يمكنها الطواف بالبيت [للعمرة]؛ لأنها منهية عن دخول المسجد والطواف بالبيت: وهي حائض أو نفساء، فإنها تخرج إلى عرفات وتقف بها، وترفض العمرة وتمضي في حجتها، ويسقط عنها / [دم] القِرَان إن كانت قَارِنَة، وعليها دم لرفض العمرة، وقضاء[(١)]، ولا [٩٤-ب] يضرها الوقوف بعرفات وهي حائض أو نفساء؛ لأنها عبادة لا تؤدىٰ في المسجد، فالطهارة ليست من شرائطها: كالسعي، والوقوف بمزدلفة، ورمي الجمار، ولا تطوف طواف الزيارة وهي حائض أو نفساء، وتؤجل إلى وقت طهرها، ولا يجب عليها شيء لأجل التأخير؛ لأنها أخرت بالعذر.

وكذلك المرأة إذا أتت مكة معتمرة في أشهر الحج، ومن نيتها التمتع، فحكمها على ما ذكرنا، وتحرم للحج في الحرم؛ لأنها كواحدة من أهل مكة، [وميقات أهل مكة] للحج الحرم، وتخرج إلى عرفات وتقف بها، وتصير رافضة للعمرة، وعليها لرفضها دم وقضاء [عمرة مكانها]، وتمضي في حجتها، ولا تطوف للزيارة وهي حائض، وتؤخر إلى وقت طهرها، ولا شيء عليها للتأخير، وتسعىٰ للحج عقب طواف الزيارة كما يفعل أهل مكة.

---

(١) مختصر الطحاوي ص٦٧؛ «وذلك لأن الوقوف بعرفة ينافي بقاء العمرة، ما لم تكن قد تمّت قبل ذلك، والدليل على ذلك أن عائشة رضي الله عنها كانت محرمة بعمرة، فحاضت قبل أن تطوف، (فأمرها النبي صلىٰ الله عليه وسلم أن تنقض رأسها، وترفض العمرة، وتُهِلّ بالحج) [البخاري (١٤٨١)؛ ومسلم (١٢١١)].

فلو كان الوقوف بعرفة يجامعه بقاء العمرة، لما أمرها صلىٰ الله عليه وسلم برفضها، ومن أجل ذلك قلنا: إن القارن إذا وقف بعرفة قبل أن يطوف للعمرة، صار رافضالها.

وإنما وجب عليها دم لرفض العمرة؛ لأن كل من حَلَّ من إحرامه بغير طواف، فعليه دم، والأصل فيه المحصر.

وعليها القضاء؛ لأنها قد لزمتها العمرة في ذمتها». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٤٨، ٥٤٩.

[جِمَاعُ زَوْجَتِهِ الحَاجَّةِ قَبْلَ عَرَفَاتٍ]

قال: (ومن جامع امرأته في حجِّه قبل وقوفه بعرفة، وهي مطاوعة أو مُكْرَهة، كان على كل واحد منهما دم [ويمضيان في حجهما حتى يفرغا منه])[1].

المُحْرِمُ إذا جامع امرأته فلا يخلو: إما أن يكون قبل الوقوف بعرفة، أو بعد ما وقف بعرفة، ولا يخلو: إما أن يكون مفرداً بحجة، أو مفرداً بعمرة، أو قارنـًا، أو متمتعـًا:

أما إذا كان مفرداً بحجة وجامع امرأته قبل الوقوف، وهما مُحْرِمَان، فقد فسد حجهما[2]، إذا التقىٰ الختانان وتوارت الحشفة، وعليهما المضي والإتمام على الفساد، وعلى كل واحد منهما الدم، وتجزئ الشاة في ذلك، وعليهما قضاء الحجة من قابل، ولا يجب عليهما العمرة؛ لأنه لم يفت لهما الحج، ألا ترىٰ أنه لم تسقط أفعال الحج، بخلاف المحصر إذا أَحَلَّ من إحرامه، يذبح الهدي، فعليه قضاء الحج والعمرة: أما [قضاء] الحج فظاهر، وأما [قضاء] العمرة لفوات الحج في ذلك العام، فإذا أتيا للقضاء في السنة الثانية، فإنهما لا [يفترقان] وليست الفُرقة بشيء، وقال بعض الناس: يفترقان إذا انتهيا إلى الموضع الذي وقع لهما الجماع فيه،.

ولو جامع قبل الوقوف بعرفة ثم جامع، فإنه ينظر: إن كان في مجلس واحد لا يجب على كل واحد منهما إلا دم واحد، وإن كان في مجلسين مختلفين، فعلىٰ كل واحد منهما دمان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: إذا ذبح الهدي للأول، فعليه دم آخر للثاني، وإن لم يذبح يكفيه دم واحد، وقاسه على كفارة الفطر

(١) تكلمة العبارة: «... كان على كل واحد منهما دم، ويمضيان في حجهما حتى يفرغا منه، وعليهما قضاء الحج من قابل، ولا يتفرقان». مختصر الطحاوي ص ٦٧.

(٢) «أما فَسَاد الحج في حال الطَّوْع، فلا خلاف فيه، ورُوي نحوه عن عمر وجماعة من الصحابة رضي الله عنهم، ولا يختلف حكم الطَّوْع والإكراه عندنا ...». شرح مختصر الطحاوي ٥٤٩/٢.

في شهر رمضان، ولو جامع مرة أخرىٰ على وجه الرفض والإحلال، فلا يلزمه لذلك أكثر من دم واحد، سواء كان في مجلس واحد أو في مجالس مختلفة.

[الجماع بعد الوقوف بعرفة]

ولو جامع بعد الوقوف بعرفة بعد الزوال في يوم عرفة، فإنه لا يفسد حجهما لقوله عليه الصلاة والسلام: «**الحج عرفة، فمن وقف بعرفة، فقد تم حجه**»، فبعد التمام لا يَرِدُ عليه الفساد، ولكن يجب على كل واحد منهما بدنة: إما [من] البعير وإما [من] البقر، ولا يجزئهما الشاة(١).

ولو جامعها مرة [بعد] أخرىٰ فإنه ينظر: إن كان في مجلس واحد لا يجب عليه إلا بدنة واحدة، وإن كان في مجلسين يجب [عليه] بدنة للأول، وشاة للثاني في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: إذا ذبح البدنة للأول فيجب عليه للثاني شاة، وإن لم يذبح حتى واقعها مرة أخرىٰ فيكفيه بدنة واحدة على ما ذكرنا من الاختلاف، وعند الشافعي: إذا جامع بعد الوقوف قبل أن يرمي جمرة العقبة، فسد حجه، وبعد الرمي لا يفسد حجه(٢).

---

(١) انظر: خزانة الفقه ص٩٥؛ مختصر الطحاوي ص٦٧؛ قال الجصاص: «وإنما أوجبنا البدنة بالجماع في مسألتنا؛ لأن الناس فيه على قولين: منهم من يفسد حجة، ويوجب بدنة، ومنهم: من لا يفسده، ويوجب بدنة [هم الحنفية]، وكل من أفسد حجه، ومن لم يفسد حجه، يوجب بدنة.

فلما ثبت عندنا جواز حجه، وجبت البدنة بالإجماع، وروي نحوه عن ابن عباس رضي الله عنهما. [البيهقي في معرفة السنن والآثار ٧/ ٣٦٢؛ الشرح ٢/ ٥٥٣].

(٢) ويفسد الحج عندهم إذا جامع بعد الوقوف قبل التَّحَلّل الأول، ويجب عليه أن يمضي في فاسده، ثم يقضي. انظر: المهذب ٢/ ٧٣٥؛ المجموع ٧/ ٣٨١؛ المنهاج ص ٢٠٦؛ رحمة الأمة ص ٨٨.

[الجِمَاعُ بَعْدَ طَوَافِ الزِّيَارَةِ]

ولو جامع بعدما طاف طواف الزيارة كله أو أكثره، فلا شيء عليه؛ لأنه حلّ له النساء إلا إذا طاف للزيارة قبل الحلق أو التقصير، فعليه شاة؛ لأن التحلل بالحلق أو بالتقصير، ولم يوجد، فوجد الجماع في الإحرام فأوجب شاة، ولو جامع بعدما طاف ثلاثة أشواط، فإنه يجب بدنة وحجة تامة، هذا حكم المفرد بالحجة.

[جِمَاعُ المُفْرِدِ بِالعُمْرَةِ]

وأما المفرد بالعمرة إذا جامع فإنه ينظر: إن كان قبل الطواف أو بعدما طاف
[٩٥-أ] / لها ثلاثة اشواط، فسدت عمرته، وعليه أداؤها على الفساد، وعليه دم لأجل الفساد، وقضاء عمرة.

وإن جامع بعدما طاف لها أربعة أشواط، أو بعدما طاف كله قبل السعي، أو بعد الطواف والسعي قبل الحلق، فلا تفسد عمرته؛ لأن العمرة إحرام وطواف، وقد وجد، وعليه دم لحصول الجماع في الإحرام، وإن كان بعد الحلق فلا شيء [عليه][1].

[جِمَاعُ القَارِنِ والمُتَمَتِّعِ]

وأما إذا كان قارناً إذا جامع امرأته قبل أن يطوف لعمرته، أو طاف لها ثلاثة أشواط، فسدت عمرته وحجته، أما العمرة لحصول الجماع قبل الطواف، وأمّا فساد الحجة لحصول الجماع قبل الوقوف بعرفة، ويجب عليه إتمامها على الفساد، وعليه دمان لإفسادهما، وعليه قضاؤهما: قضاء العمرة مكان العمرة، وقضاء حجة مكان الحجة، وسقط عنه دم القِران؛ لأنه أفسدهما.

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص١٥٥.

ولو جامع بعدما طاف لعمرته أربعة أشواط، أو بعدما طاف لها وسعىٰ قبل الوقوف بعرفة، فسدت حجته [ولا] تفسد عمرته، وعليه دمان: أحدهما: لإحرام العمرة؛ لأن إحرام العمرة باقٍ، والثاني: لإحرام الحج، وعليه إتمامها على الفساد كما يجب إتمامها على الجواز، وعليه قضاء الحج، ولا يجب عليه قضاء العمرة، وسقط عنه دم القران؛ لأنه أفسد الحج.

ولو جامع بعد طواف العمرة والوقوف بعرفة، فلا يفسد حجه ولا عمرته، وعليه إتمامها، وعليه بدنة وشاة: أما البدنة فلأجل الحج، وأما الشاة فلأجل العمرة؛ لأن إحرامها بعد باقٍ، ولا يسقط عنه دم القران؛ لأنه أتمهما ولم يفسدهما.

ولو جامع مرة أخرىٰ فإنه ينظر: إن كان في المجلس الأول فلا يجب عليه شيء غير ذلك، وإن كان في مجلس آخر، فعليه لمجلس آخر دمان، وتجزئه شاتان على ما ذكرنا من الاختلاف[1].

ولو جامعها أول مرة بعد الحلق قبل طواف الزيارة، تجب عليه بدنة وشاة؛ لأن القارن يتحلل من الإحرامين معاً، ولم تحل له النساء بعد من أجل إحرام الحج، فكذلك من إحرام العمرة، كما يقع له التحلل من غير النساء بالحلق فيهما جميعاً.

ولو جامع بعدما طاف طواف الزيارة كله أو أكثره، فلا شيء عليه؛ لأنه قد حَلّ له النساء، إلا إذا طاف طواف الزيارة قبل الحلق أو التقصير، فعليه شاتان لبقاء الإحرام لهما جميعاً.

وأما المتمتع فهو محرم بعمرة [أوّلاً، ثم يحرم بحجة، فيكون الجواب فيه كما ذكرنا في المفرد بحجة، وفي المفرد بعمرة].

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٦٧؛ شرح المختصر ٢/ ٥٥٢، ٥٥٣؛ فتاوىٰ قاضيخان ١/ ٢٥٤.

[أَثَرُ السَّهْوِ والعَمْدِ فِي مَحْظُورَاتِ الإِحْرَامِ]

وجماعه ساهياً وعامداً في الحكم سواء، وإنما يختلفان في الإثم، وكذلك يستوي فيه حكم الطوع والإكراه، أو المرأة إذا كانت نائمة، أو جامعها صبي، أو مجنون، فذلك كله على ما ذكرنا، ولا ترجع المرأة بإلزامها على [المُكْرِه]؛ لأن ذلك شيء لزمه فيما بينه وبين الله تعالى غير مجبور، كرجل أكره على النذر فإنه يلزمه، فإذا أدىٰ ما نذر، فإنه لا يرجع على المُكْرِه، فكذلك هاهنا.

ولو جامع امرأته فيما دون الفرج فانزل أو لم ينزل، فلا يفسد حجه، ولا عمرته، ويجب عليه دم، وتجزئه شاة، وكذلك لو مَسَّها لشهوة، أو قَبَّلَها، أو عانقها لشهوة، يجب عليه الدم أنزل أو لم ينزل.

ولو أتىٰ بهيمة فأولجها، فلا شيء عليه، إلا إذا أنزل يجب عليه الدم، ولا يفسد حجه ولا عمرته، ولو نظر إليها بشهوة فأمنىٰ، لا يجب عليه شيء سِوَىٰ الغسل، وكذلك الاحتلام، ولو جامعها في الدُّبُرِ على قياس قول أبي حنيفة: لا يفسد حجه ولا عمرته، كما قال في الحَدِّ: أنه لا يجب، وعلى قياس ما رواه الكرخي عنه: تجب الكفارة في رمضان، كالجماع في الفرج، ويجب أن يفسد حجه وعمرته، وعلى قولهما: يفسد حجه وعمرته كالجماع في الفرج[1].

---

(١) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ١/ ٢٥٤، ٢٥٥.

باب ما يجتنبه المحرم

[مَحْظُوْرَاتُ الإِحْرَامِ]

قال أبو جعفر رحمه الله: (**وَمَنْ أَحْرَم من الرجال لم يتطيَّب**)[١].

قال الشيخ الإمام رضي الله عنه: المحرم لا يتناول محظور إحرامه من قتل صيد وتنفيره، وتعريفه، والدِّلاَلَة عليه، والإشارة إليه، ولا يتطيب بعد إحرامه ولا يدهن بدُهْن، (ولا يلبس ثوبـاً مصبوغـاً بالعُصْفُر، وبالورس أو بالزعفران)، إلاّ إذا كان/ مغسولاً فصار بحال لا ينقض، وتكلموا في النقض: وهو أن لا تفوح رائحته [٩٥-ب] عند بعضهم، وقال بعضهم: هو أن لا يتناثر صبغه على البدن.

ولا يلبس المخيط[٢] جملة: [لا رداءً]، ولا قِبَاء، ولا جُبَّةً، ولا قميصاً، ولا سَراويلاً، ولا عِمَامة، ولا قَلَنْسُوَة، إلا إذا لم يجد إزاراً، فلا بأس بأن يفتق سراويله ويتَّزِر به، فإذا لم يجد [رداءً] فلا بأس بشَقِّ قميصه ويرتدي به، ولا يلبس الخفين إلاّ إذا لم يجد النعلين، فلا بأس بأن يقطعهما من أسفل الكعبين ويلبسهما، ولا بأس بأن يلبس الصندل؛ لأنها بمنزلة النعلين، ولا يحلق رأسه ولا يأخذ من شاربه، ولا من لحيته، ولا شعرةً من شعرات بَدَنِهِ، ولا يطلي بنورة، ولا يقلم أظافيره، ولا يغسل رأسه ولحيته بالخِطمِيِّ، ولا بأس بأن يغسلهما بالماء القِراح، ولا يحكُّ رأسه فإن حَكَّ ترفق بحكه، هذا إذا كان على رأسه شعر، أو أذىٰ، فخاف إن حَكَّه حكـاً شديداً أن يزول أذىٰ رأسه، ويتهافت ويتناثر شعر رأسه، وإن لم يكن ذلك فلا بأس بأن يحُكَّ رأسه حكـاً شديداً، ولا يغطي رأسه ولا وجهه، ولا يقطع شجر

---

(١) مختصر الطحاوي ص٦٧.

(٢) المقصود بالمخيط هنا: ما قُطع وصمم على هيئة الجسم، ثُمَّ ضُمَّت أجزاؤه بالخُيوط.

الحرم غير الإذْخِرِ، وكذلك الخِلال أيضاً[١].

ولا يجامع امرأته، ولا يقبِّلها، ولا يعانقها على ما ذكرنا في الباب [الرابع] من أحكامها، وهذه الأشياء لا ينبغي له أن يأتي بها، ولو [أنه] أتىٰ بواحد من هذه الأشياء في بعض المواضع يلزمه الدم، وفي بعضها يلزمه الصدقة، وفي بعضها لا يلزمه شيء، وتذكر [فصلاً فصلاً] إن شاء الله عز وجل:

أما حكم من قتل الصيد فنذكره في الباب الثاني.

[تطيُّب المُحْرِم]

وأما حكم الطيب إذا تَطَيَّبَ المُحْرِمُ بعد الإحرام، فإنه ينظر: إن كان عضواً كاملاً يجب عليه الدم[٢]، وإن كان دون عضو يجب عليه صدقة بقدر ذلك، فإن كان يبلغ ذلك نصف [عضو] يجب عليه من الصدقة قدر قيمة نصف الشاة، وإن كان يبلغ رُبُعاً يجب عليه من الصدقة قدر قيمة ربع الشاة، على هذا القياس.

فإذا كان في أعضاء متفرقة، فإنه يجمع ذلك كله: فإن بلغ ذلك عضواً كاملاً يجب عليه الدم، وإن كان دون عضو يجب عليه الصدقة.

ولو طيّب الأعضاء كلها تكفيه شاة واحدة؛ لأن جنس الجناية واحدة جمعها إحرام واحد، من جهة غير متفرقة، فيكفيه دم واحد.

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٦٧، ٦٨.

(٢) أما الطيب فلما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال لرجل جاء متضمِّخاً بخلوق، وسأل عمّا يصنع في عمرته-: (ما كنت تصنع في حجك؟)، فقال: أنزع عني هذه الجُبَّة، وأغسل عني هذا الطيب، فقال: (فاصنع في عمرتك، ما كنت صانعاً في حجك) [البخاري (١٤٦٣)؛ ومسلم (١١٨٠)].

ولو كان طيَّب كل عضو في مجلس على حدة، فعلىٰ الاختلاف الذي ذكرنا في الجماع، وذكر في الجامع الصغير [أن] المرأة إذا خضبت كفيها بالحِنَّاء وهي مُحْرِمَة، يجب عليها الدم[١]، وجعل الكف عضواً كاملاً، وكذلك الرجل إذا خضب رأسه أو لحيته بالحناء، يجب عليه دم.

ولو ادَّهن بدُهْن فإنه ينظر: إن كان الدهن مطيباً كدهن البنفسج، والزئبق، وسائر الأدهان التي فيها الطيب، يجب عليه الدم إذا بلغ عضواً كاملاً، وإن كان غير مطبوخ وغير مطيب، فعليه الدم أيضاً في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وفي قولهما: يجب عليه الصدقة، وإذا ادهن بسَمْن، أو شَحْم، أو بأَلْيَة، فلا شيء عليه بالاتفاق.

ولو مس طيباً فإن لزق به مقدار عضو كامل، يجب عليه الدم، وإن كان أقلّ من ذلك تجب صدقة، وإن لم يلزق فلا شيء عليه.

ولو جعل الطيب في طعام فطبخ، فلا بأس للمحرم أن يأكله؛ لأنه قد خرج عن حكم الطيب، فصار طعاماً يوجد منه، [وكذلك كل ما غيرته النار من الطيب، فلا بأس بأكله، وإن كان ريح الطيب سنة]، وما لم تغيره النار يكره أكله إذا كان ريح الطيب يوجد منه، وإن أكل فلا شيء، وكذلك لو جعل الزعفران في الملح [فأكله] فلا شيء عليه، ولو أكل عين الطيب غير مخلوط بالطعام، فعليه الدم إذا كان كثيراً.

ويكره للمُحْرِم أن يشُمَّ الرَّيْحان والطِّيْب، وكل ما ثبت له رائحة طيبة، وإن فعل فلا شيء عليه، ولا بأس للمُحْرِم أن يكتحل بكُحْل لا طيب فيه، فإن كان فيه طيب، فعليه الصدقة، إلاَّ أن يكون ذلك [مِرارًا] كثيرةً، فعليه دم.

ولا بأس للمحرم أن يحتَجِم، ويفتصد، ويجبر الكسير، ولا بأس بأن يَدَّهِن

---

(١) عبارة الجامع الصغير: «محرم خضب رأسه بحناء، فعليه دم» ص٢٥٦ (مع شرح الصدر الشهيد).

[٩٦-ب] شُقُوقَ رِجْلِهِ / بشحم أو زيت، هكذا ذكر في ظاهر الرواية، وروي عن أبي حنيفة أنه قال: لو فعل بدهن أو بطيب، فعليه [الكفارة]: أيّ الكفارات شاء، وكذلك لو داوىٰ جراحه بطيب فيخيّر في كفارته، وكذلك لو تناول الطيب بعِلَّة أو مرض، فإنه يُخَيَّر في كفارته: إن شاء ذبح شاة في الحرم، وإن شاء تصدق به على ستة مساكين: كل مسكين نصف صاع من حنطة، وإن شاء صام ثلاثة أيام، والطعام والصيام يجوز في الأماكن كلها، والذبح لا يجوز إلا في الحرم.

المحرم إذا غسل رأسه ولحيته بالخِطْمِيِّ، يجب عليه الدم في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: تجب الصدقة، وروي عن أبي يوسف روايتان: إحداهما: أنه لا شيء عليه، وجعله بمنزلة الأشنان، وروي عنه: أنه يجب عليه دمان: دم لأنه طيب، ودم لأنه يقتل هوام الرأس، وقيل بأن [لا] اختلاف في خِطمي العراق؛ لأن له رائحة طيبة، وأجمعوا أنه لو غسل بالحُرُض، أو بالصابون، أو بالماء القراح فلا شيء عليه.

والحِنّاء، والوَرْس، والزعفران من الطيب، والوَسِمَة[١] ليست من الطيب، وليس عليه فيها شيء إلاّ إذا خاف أن يقتل الدواب، أطعم شيئاً[٢].

[ما تُخَالِفُ النِّسَاءُ الرِّجَالَ فِي الإِحْرَامِ]

والنساء في اجتناب الطيب في إحرامهن بمنزلة الرجال، وإنما يختلفان في لبس المخيط، وتغطية الرأس: أن الرجل لا يغطي رأسه، ولا يلبس المخيط، والمرأة تغطي رأسها[٣]، ولا تغطي وجهها، ولا بأس بأن يسدلن على وجوههن ثوباً

---

(١) «الوَرْس بوزن الفَلْس: نبتٌ أصفر يكون باليمن، تُتَّخذ منه الغُمْرة للوجه»، مختار الصحاح (ورس).

«والوَسِمةُ بكسر السين العظلم يختضب به، وتسكينها لغة»، مختار الصحاح (وسم).

(٢) انظر: شرح المختصر ٢/ ٥٥٥ - ٥٥٨.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص٦٨. «وذلك لما روىٰ ابن عمر رضي الله عنهما، عن النبي =

ويجافين عن وجوههن؛ لأن ذلك بمنزلة الاستظلال(١).

ولا بأس للمُحْرِمِ والمُحْرِمة بالاستظلال نازلاً أو راكباً، وليس لها أن تنتقب وتغطي وجهها، فإن فعلت ذلك يوماً كاملاً من غير ضرورة، يجب عليها الدم، وإن كان ذلك من ضرورة، فعليها أيّ الكفارات شاءت.

[لُبْسُ المَخِيْطِ لِلْمُحْرِمِ وكَفَّارَتُهُ]

وأما حكم لُبْس المخيط، فلا ينبغي للمحرم [أن يلبس المخيط]، فإن لبسه يوماً كاملاً من قميص، أو جُبَّة، أو سراويل، أو خُفَّين، أو جوربين، أو عمامتين، أو قلنسوة من غير ضرورة، فعليه لذلك دم، ولا يجزئه غيره، وإن لبس دون اليوم فعليه صدقة، وإن كان ذلك أكثر اليوم(٢).

وروي عن أبي يوسف أنه قال: إذا كان ذلك أكثر اليوم، فعليه دم، وأما في ظاهر الرواية: تجب الصدقة، ولا يجب الدم حتى يكون يوماً كاملاً.

ومقدار الصدقة: روي عن أبي يوسف أنه قال: يطعم مسكيناً واحداً نصف صاع من حنطة، وروي عن محمد: أنه يحكم عليه لمقدار ما لبسه، إن لبسه نصف

= صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (ليس على المرأة إحرام إلاّ في وجهها) [أخرجه الدارقطني في السنن ٢/ ٢٩٤ وهو ضعيف].

وعنه، عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (ولا تَنْتَقِب المرأة الحرام) [البخاري (١٧٤١)].

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٦٨. قال الجصاص: «وهذا ينبغي أن يكون على سبيل سدل الخمار، لا على جهة النقاب؛ لأنه لا ينبغي لها أن تنتقب»، الشرح ٢/ ٥٥٩.

(٢) لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (لا يلبس المحرم القميص ولا السراويلات، ولا العمائم، ولا الأقبية، ولا القلانس، ولا الخِفاف، ولا ثوباً مسَّه ورْس، ولا زعفران، إلا أن يكون غسيلاً)، البخاري (١٤٦٨)؛ ومسلم (١١٧٧)؛ وأحمد في المسند ٢/ ٤١ وهذا لفظه.

يوم، فعليه قيمة نصف الشاة على هذا القياس.

ولو غطىٰ رأسه أو رُبُع رأسه يوماً كاملاً، فعليه الدم، وروي عن محمد أنه قال: لا يجب عليه الدم حتى يغطي الأكثر منه يوماً كاملاً.

وإن جمع اللباس كله يوماً واحداً، فعليه دم واحد، وفي كل موضع إذا فعل مختاراً يلزمه الدم، فإن فعل ذلك لِعِلَّة أو ضرورة، فعليه أيّ الكفارات شاء: إن شاء ذبح هدياً في الحرم، وإن شاء تصدق على ستة مساكين لكل واحد منهم نصف صاع من الحنطة[1]، ويجوز فيه التمليك، وطعام الإباحة على قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعلى قول محمد: لا يجزئه إلا التمليك، وإن شاء صام ثلاثة أيام، إن شاء تابع، وإن شاء فرّق، والصوم والصدقة يجريان في [أيّ] الأماكن شاء، ولا يجوز الذبح إلا في الحرم[2].

فإذا ذبح في غير الحرم لا يجزئه عن الذبح، إلا إذا تصدق بلحمه على ستة مساكين، على كل واحد منهم قدر قيمة نصف صاع من حنطة، أجزأه بدلاً عن الطعام.

[ما يباح للمُحرم فعله]

ولا بأس للمحرم أن يلبس الطَّيلسان[3] ولكنه لا يزرّه، وإن زَرَّه يوماً كاملاً، فعليه الدم؛ لأنه لما زَرَّه صار بمنزلة القميص، وإذا لم يزره فهو بمنزلة الرداء، وله أن يلبس

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٦٨، ٦٩. «وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البقرة: ١٩٦]، وروي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (النسك: شاة، والصيام: ثلاثة أيام، والصدقة: ثلاثة آصع من طعام على ستة مساكين) [البخاري (١٧٢٠)؛ ومسلم (١٢٠١)]». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٦٠.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٦٩. وذلك لأنه دم متعلق بالإحرام.

(٣) الطَّيْلسان فارسي مُعَرَّب: « ضرب من الأوشحة يلبس على الكتف، أو يحيط بالبدن، خال من التفصيل والخياطة، أو هو ما يعرف في العامية المصرية: بالشال». المعجم الوسيط (طلس).

الرداء ولا يلبس القميص، ولا بأس للمحرم وأن يدخل [الحمّام[١]، وأن يدخل] منكبيه في القِباء عندنا، وقال زفر: ليس له ذلك، وعليه الدم إذا فعل ذلك يوماً كاملاً.

وأجمعوا: أنه لو أدخل / يديه في الكُمَّين [يومًا كاملاً]، كان عليه الدم، فكذلك إذا زرَّه وشَدَّ المِنْطَقة، فعليه الدم. [٩٦-ب]

ولا بأس للمُحْرِم أن يَشُدَّ الهِمْيَان والمِنْطَقة[٢]، ولا بأس بلبس الخاتم، ولا بأس بأن يعصب جسده لِعِلَّة، ويكره إن فعل ذلك من غير علة، ويكره أن يعصب رأسه ووجهه لغير عِلَّة، وإن فعل ذلك يوماً كاملاً، فعليه صدقة.

ولو لبس المحرم المخيط أياماً، فإنه ينظر: إن لم ينزع ليلاً ولا نهاراً، يكفيه دم واحد بالإجماع، وإن ذبح الهديَ ثم دام على لُبْسه يوماً كاملاً، فعليه دم آخر بالإجماع؛ لأن الدوام عليه كلبس مبتدإ، ألا ترىٰ أنه لو أحرم وهو مشتمل على المخيط، فدام على ذلك بعد الإحرام يوماً كاملاً، فعليه الدم.

ولو نَزعه وعزم على تركه ثم لبس بعد ذلك: إن كَفَّرَ الأول فعليه كَفَّارة أخرىٰ بالإجماع، وإن لم يُكَفِّرْ الأول فعليه كَفَّارَتَان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: عليه كفارة واحدة.

ولو كان يلبسه بالنهار، وينزعه بالليل للنوم من غير أن يعزم على تركه، فلا يجب عليه إلا دم واحد بالإجماع.

المحرم إذا اضطرَّ إلىٰ لبس ثوب، فلبس ثوبين، فإنه ينظر: إن كان على موضع الضرورة، فلا يجب إلا كَفَّارة واحدة نحو: ما إذا اضطر إلى قميص واحد فلبس

---

(١) الحمَّام مشدَّداً ـ واحد الحمامات: مكان الاغتسال بالماء الحار.

(٢) «الهِمْيَان: كيس يُجْعل فيه النفقة، ويشد على الوسط، وجمعه: همايين». المصباح (همي).

«والمِنْطَق بالكسر: ما شددت به وسطك، فعلىٰ هذا: النِّطاق والمِنْطق، واحد»، المصباح (نطق).

قميصين، أو لبس جُبَّة، أو اضطر إلى لبس القَلَنْسُوَة، فلبس قلنسوة وعِمَامة، وإن كان في موضعين مختلفين نحو: ما إذا اضطر إلى لبس قلنسوة، فلبسها مع القميص، وما أشبه ذلك، فعليه دم؛ لأجل لبس ما لا يحتاج إليه، ويُخَيَّر في الكفارة لأجل لبس ما اضطر إليه.

ولو لبس الثوب لأجل الضرورة ثم زالت الضرورة عنه، فما دام في الزوال شَكٌّ، لا يجب عليه إلا كفارة واحدة للضرورة، فإذا جاء اليقين أن الضرورة قد زالت، فلبس بعد ذلك ودام يوماً كاملاً، فعليه كفارتان: كفارة ضرورة، وكفارة غير الضرورة.

المحرم إذا مرض أو أصابته الحُمَّىٰ، وهو يحتاج إلى لبس الثوب في وقت، ويستغني عنه في وقت، فعليه كفارة واحدة ما لم تزل عنه تلك العلة، وليس هذا كالجرحين: وهو أنه إذا أصابه جرح فداواه بالطيب فبرئ، ثم جرح جراحة أخرىٰ، فعليه كفارتان يُخَيَّر فيهما، ومثل الجرحين من هذه المسألة: أن تزول عنه تلك العلة وتصيب حمىٰ أخرىٰ، أو يزول عنه ذلك العذر، ويأتي عذر آخر، فعليه كفارتان حينئذٍ في قولهما، وقال محمد: عليه كفارة واحدة ما لم يُكَفِّر للأُولىٰ.

ومثال هذه المسألة من الجرحين: أن لو جرح جراحة أخرىٰ، والأولىٰ على حالها لم تبرأ، فداوىٰ الثانية، فعليه كفارة واحدة.

ولا بأس بأن يغطي المُحْرِم والمُحْرِمَةُ الفَمَ إلا في الصلاة، فإنه لا يغطىٰ فيها، هذا حكم لبس المخيط.

[ما يحظر للمحرم من الحلق وقَصّ الأظافير]

وأما حكم الحَلْقِ، فليس للمُحْرِم أن يزيل شعرة من شعرات بدنه، أو يطلي بنورة، ولا يحلق رأسه قبل يوم النحر، فإن حلق رأسه من غير ضرورة، فعليه دم، ولا يجزئه غيره.

وكذلك إذا حلق ربع رأسه، أو ثلث رأسه، يجب عليه الدم؛ لأن الربع يقوم مقام الكل، ألا ترىٰ أن الماسح إذا مسح ربع رأسه أو ثلثه أجزأه، ولو حلق ربع رأسه وقت التحلل من إحرامه، فإنه يحل غير أنه لا يكون للسنة، والسنة في الإحلال أن يحلق جميع رأسه، ولم يذكر الاختلاف في ظاهر الرواية، وذكر الطحاوي هاهنا اختلافاً: فقال في قول أبي حنيفة إذا حلق ربع رأسه يجب عليه الدم(١)، وعندهما: لا يجب حتى يحلق أكثر [رأسه](٢)، ولو حلق دون الربع، فعليه صدقة، ولو حلق رأسه من ضرورة، فعليه أيّ الكفارات شاء، كما ذكرنا في لبس المخيط(٣).

ولو حلق لحيته، فعليه الدم، وكذلك إذا حلق ربعها(٤)؛ لأنه ليس لها نظير / [٩٧-أ] في البدن، فأشبهت الرأس.

ولو حلق شاربه، فعليه صدقة؛ لأنه تبع اللحية وهو قليل، ولو حلق موضع المحاجم، فعليه الدم في قول أبي حنيفة رضي الله عنه؛ لأنه يقصد إليه بالإزالة، فأشبه الرأس والإبط، وفي قول أبي يوسف ومحمد: تجب الصدقة؛ لأنه قليل، فلا

---

(١) قال الجصاص: «الرواية المشهورة عنهم جميعاً: أن عليه في حلق الربع، دماً.
وأما اعتبار الربع؛ فلأن الربع قد تعلّق به الحكم في الرأس في باب جواز مسحه، فصار في حكم الكل من هذا الوجه.
ولأن الربع قد ثبت حكمه أيضاً في باب كشف المرأة ربع رأسها، أو ساقها في الصلاة، بأنه يمنع جوازها، فكذلك في الحلق في الإحرام.
ألا ترىٰ أن حلق القليل لا يوجب دماً، والكثير يوجبه، فاحتجنا إلى حد فاصل بينهما، فجعلوه الربع، كما في كشف المرأة ربع رأسها أو ساقها في الصلاة». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٦٢.
(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٦٩.
(٣) وذلك لقوله عز وجل: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البقرة: ١٩٦].
(٤) في م (بعضها).

يجب الدم حتى يحلق جميع الرقبة[1]، كالصدر، والساق، والساعد، أنه لا يجب الدم فيه.

ولو حلق الإبطين[2] أو أحدهما، يجب الدم، ولو حلق من أحد الإبطين أكثره، تجب الصدقة؛ لأن له نظيراً في البدن، فليس للأكثر حكم الكل[3].

المُحْرِمُ إذا حلق رأس غيره، أو قَلَّم أظافير غيره، تجب عليه الصدقة[4]؛ لأنه تناول محظور إحرامه، إلا أنه لم تحصل الزينة والمنفعة، فلا يجب عليه دم، والمحلوق إذا كان [مُحْرِمًا] يجب عليه الدم؛ لأنه كملت له الزينة والمنفعة بمحظور إحرامه، سواء كان بأمره أو بغير أمره، طائعـاً أو مكرهاً، ولا يرجع بما لزمه من الدم على الحالق، إلاّ إذا كان من ضرورة فيخير في كفارته، هذا حكم الحلق، ولُبْس المخيط.

وليس للمحرم أن يقص أظافيره قبل الحلق، فإذا قصَّ أظافيره من رِجْلٍ

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٦٩. «وذلك لأن العُنُق عضو كبير، لا نظير له في البدن، فأشبه الرأس، ومواضع المحاجم منه أكثر من الربع.

ولا خلاف بينهم: أنه لو حلق الرقبة كلها، كان عليه دم في قولهم جميعـاً.

وأبو يوسف ومحمد، جعلا الرقبة تابعة للرأس، فلا يجب في ربعها دم، كالشارب». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٦٢، ٥٦٣.

(٢) «الإِبْطُ بسكون الباء: ما تحت الجناح، يذكر ويؤنث، والجمع: آباط»، مختار الصحاح (أبط).

(٣) «لأن الإبط عضو كامل، إلّا أن له نظيراً في البدن، فإن حلق كله، وَجَبَ دم، وإن حلق بعضه، لم يجب دم؛ لأنه عضو صغير، وله نظير في البدن». شرح المختصر ٢/ ٥٦٣.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص٧٠. «وذلك لأنه منهي عن حلق شعر غيره، أو قص أظافير غيره، كما أنه منهي عن قتل صيد غيره.

وقال الله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ﴾ [البقرة: ١٩٦]، وهو ينتظم رأس نفسه، ورأس غيره، ولا يجب دم؛ لأنه لم يحصل له به نفع ولا زينة». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٦٧.

واحدةٍ، أو من يَدٍ واحدةٍ، فعليه الدم إذا كان من غير ضرورة، فكذلك إذا قَلَّمَ أظافير يديه ورجليه في مجلس واحد، يكفيه دم واحد[١]، ولو قَلَّمَ ثلاثة أظافير من يدٍ وَاحِدَةٍ، أو رِجْلٍ واحِدَةٍ، كان أبو حنيفة يقول أولاً: يجب عليه الدم، وهو قول زفر؛ لأنه قلّم أكثره، وللأكثر حكم الكل، ثم رجع وقال: تجب الصدقة لكل ظفر نصف صاع من حنطة، وهو قول صاحبيه، إلا أن يبلغ ذلك دماً فينقص منه ما شاء؛ لأن في اليد الواحدة إنما يجب عليه الدم؛ لأنها ربع الأعضاء المتفرقة، قياساً على حلق ربع الرأس، فإن قلنا: بأن لأكثرها حكم كلها، وجب أن يكون لأكثر أكثرها حكم كلها أيضاً، فيؤدي ذلك إلىٰ إبطال التقدير رأساً.

ولو قَلَّمَ خمسة أظافير من يد واحدة ولم يكفر، ثم قَلّمَ أظافير يده الأخرى، إن كان في مجلس واحد، فعليه دم واحد بالإجماع، وإن كان في مجلسين يلزمه دمان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي قول محمد: يلزمه دم واحد ما لم يكفر للأول، (وأجمعوا: أنه لو قلم خمسة أظافير من يده الواحدة، أو حلق رُبُع رأسه، أو طَيَّب عضواً في مجلس واحد أو في مجالس مختلفة، فعليه لكل جنس دم على حدة)[٢].

وأجمعوا في كفارة الفطر أنه إذا جامع في يوم، وأكل في اليوم الثاني، وشرب في اليوم الثالث، إن كَفَّرَ للأول فعليه كفارة أخرىٰ، وإن لم يُكَفِّرْ للأول، فعليه كفارة واحدة.

فأبو حنيفة وأبو يوسف: جعلا اختلاف المجالس بمنزلة اختلاف الجنس، ومحمد رحمه الله: جعل افتراق المجلس عند اتفاق الجنس كاجتماعه في مجلس واحد.

ولو قَلَّمَ خمسة أظافير من الأعضاء الأربعة متفرقة، ففي قول أبي حنيفة وأبي

(١) «وذلك لأنه قد أزال التَّفَثَ عن عضو؛ إذ الجميع من جنس واحد، فلا يجب في الكل إلا ما يجب في العضو، ألا ترىٰ أنه لو لبس قميصاً، وسراويل، وخفين، وعمامة، لم يجب عليه إلا دم واحد». شرح المختصر ٢/ ٥٦٣.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

يوسف رحمهم الله: عليه الصدقة لكل ظفر نصف صاع من حنطة، وعند محمد: عليه الدم(١)، وكذلك لو قَلَّم من كل عضو من الأعضاء الأربعة أربعة أظافير، يجب عليه الصدقة، وإن كان جملتها ستة عشر ظفراً: في كل ظفر نصف صاع من بُرٍّ إلا إذا بلغت قيمة الطعام دماً، فينقص منه ما شاء، وعند محمد: يجب عليه الدم.

ولو أصابه أذىٰ من كفه فقص أظافيره، فعليه أيّ الكفارات شاء على ما ذكرنا، ولو انكسر ظفر المحرم فقلعه، فلا شيء عليه؛ لأنه بالانكسار خرج عن [حدّ النماء] والزيادة، فصار كشجر الحرم إذا يبس فقلعه إنسان، فلا ضمان عليه(٢).

[قَطْعُ شَجَرِ الحَرَمِ]

قال: (**ومن قَطَعَ شَجَرَ الحَرَم، حَرامًا كان أو حَلالاً، [مما قد ذكرنا: أنه ليس له قطعه، كانت] عليه قيمته**)(٣).

الحَلال والمُحْرِم في قطع شَجَر الحرم سواء؛ لأن حرمته لأجل الحرم، وشجر الحرم الذي / [ينهي عن قطعه: هو ما ينبت بنفسه]، وليس هو من جنس ما ينبته [٩٧-ب] الناس، فإذا أنبته أحد، فلا بأس بقطعه، وإن كان من جنس ما ينبته الناس فلا بأس بقلعه، سواء نبت بنفسه أو أنبته أحدٌ؛ لأنه أهلي، وليس من شجر الحرم(٤).

---

(١) «لأبي حنيفة: أن المبتغىٰ بقص الأظفار: النفع والزينة جميعاً، وإنما حصل له النفع فيما قَصَّ من البدن دون الزينة، فلا يبلغ به دماً، ومحمد: اعتبر العدد». شرح المختصر ٢/ ٥٦٣.

(٢) انظر: المبسوط ٤/ ٧٢.

(٣) وتكملة العبارة: «... ويجزئه أن يشتري بها هَدْياً، فينحره في الحرم، ويتصدق به على المساكين، أو يشتري بها حنطة، فيطعم كل نصف صاع منها مسكيناً، ولا يجزئه في ذلك صوم»، مختصر الطحاوي ٦٩.

(٤) قال الجصاص: «لا يَضْمن من شجر الحرم، إلّا ما نبت بنفسه، مما لا ينبته الناس، وما عداه لا يضمنه، ولا يضمن ما أنبته هو ثم قَطَعه؛ لأنه ماله، بمنزلة متاعه وضَيْعَته، فله أخذه». شرح المختصر ٢/ ٥٦٤.

ثم إذا قطع شجر الحرم وهو رَطْب في حَدّ النماء والزيادة، تجب عليه قيمته لله عز وجل إذا كان القاطع [مخاطبًا بالشرائع]: إن شاء اشترىٰ بقيمته طعاماً وتصدق على الفقراء: على كل فقير نصف صاع من بُرٍّ في أي الأماكن شاء، وإن شاء اشترىٰ بها هدياً فيذبح في الحرم، ولا يجوز فيه الصوم(١) سواء كان مُحْرِماً أو حَلالاً أو قارناً.

فإذا أدىٰ قيمته، يكره له الانتفاع بالمقلوع؛ لأنه وصل إليه بسبب خبيث، ولو باعه يجوز بيعه، ويتصدق بقيمته، وما كان يابساً من أشجار الحرم وخرج من حد [النماء والزيادة]، فلا بأس بقلعه والانتفاع به.

وليس له أن يحتش حشيش الحرم إلّا الإِذْخِر(٢) خاصة، فإن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم رخّص فيه لحاجة أهل مكة(٣)، فإن احتش [حشيشها وهو] رَطْب في [حَدّ النماء] والزيادة، فعليه قيمته كالشجر سواء، ولا يجب في اليابس، ولا بأس بقلعه.

وليس له أن يرعىٰ بعيره فيه في قول أبي حنيفة ومحمد، وفي قول أبي يوسف: لا بأس بالرعي(٤).

---

(١) «وذلك لأن صيامه تعلق بحرمة الموضع، فأشبه حقوق الآدميين، فلا يجزئ مِنْ بَدَله إلّا مال». شرح المختصر ٢/ ٥٦٤.

(٢) «والإِذْخِرُ بكسر الهمزة والخاء-: نبات معروف ذكي الريح، وإذا جفّ ابيضّ»؛ المصباح (ذخر).

(٣) كما ورد ذلك عن أبي هريرة: (أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم لمَّا فتح مكة قال: لا يُنْفَر صَيْدها، ولا يُخْتلىٰ شوكُها، ولا تَحِلُّ ساقطتُها إلاّ لمُنْشِد، فقال العباس: إلاَّ الإِذْخَر، فإنا نجعله لقبورنا وبيوتنا، فقال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: إلاَّ الإذخر) [البخاري (٢٤٣٤)؛ ومسلم (١٣٥٥)].

(٤) «لأبي حنيفة: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (ولا يُختلىٰ خَلاها)، وهو يعم الأمرين جميعاً. وأيضاً، حين مُنع من إتلافه بالقطع، وجب أن يُمْنَعَ بالرعي، كما أنه لما مُنِع من قتل الصيد، منع أن يرسل عليه كلباً يقتله». شرح المختصر ٢/ ٥٦٤. انظر: الهداية ١/ ٤٣٠.

ولو كان الشجر أصله في الحرم، أو بعض أصله في الحرم، وأغصانه متدلِّية إلى الحلّ، فهو من الحرم، وإن كان أصل الشجر في الحِلِّ وأغصانه في الحرم، فهو من شجر الحِلّ، والعبرة في ذلك لأصله.

وأما الطير إذا كان على الشجر، فإنه يعتبر موضع ذلك الطير، فإن كان على غصن من أغصانه وذلك الغصن في الحِلِّ، فلا بأس برميه، وإن كان أصل الشجر في الحَرَم، أو إن كان ذلك الغصن في الحرم، فلا يرميه ولا يقتله وإن كان أصل الشجر في الحِلِّ.

ولو رمي صيداً قوائمه في الحل [ورأسه] في الحرم، فهو من صيد الحِلِّ، فلا بأس للحلال أن يقتله، والعبرة في ذلك لقوائمه، ولو كانت قوائمه في الحرم، أو بعض قوائمه في الحرم، فلا يباح له قتله، ولو كان الصيد مضطجعـًا غير قائم، فليس له أن يقتله إذا كان شيء منه في الحرم.

ولو حصل أحد الطرفين في الحرم: إما الرامي، وإما المرمىٰ إليه، يجب عليه الجزاء، ولو خلا الطرفان عن الحرم غير أن ممر السهم في الحرم، فلا بأس به، ولا يجب عليه الجزاء، وكذلك الكلب والبازي إذا أرسلهما.

[أَكْلُ المُحْرِمِ الصَّيْدَ]

قال: **(ولا يأكل المُحْرِمُ صَيْد البَرّ ما تَوَلَّىٰ صَيْدَه بنفسه، ولا ما تَوَلَّىٰ صيده غيره من المُحْرِمِين)**(١).

المُحْرِم إذا ذبح صيداً أو رمىٰ صيداً [فقتله]، أو أرسل كلبه، أو بازيه المعلم فقتله، فلا يحل [له] أكله، وعليه جزاؤه، ويكون ميتة عندنا، وعند الشافعي: يحل أكله للحلال(٢).

---

(١) مختصر الطحاوي ص ٧٠.

(٢) قال الشيرازي: «فإن ذبح صيداً، حرم عليه أكله ...، وهل يحرم على غيره؟ فيه قولان: =

ولو أكل من صيد ذبح بنفسه، فإنه ينظر: إن كان قبل أن يؤدي جزاءه دخل ضمان ما أكل في الجزاء، وعليه جزاء واحد، وإن كان بعدما أدىٰ الجزاء، فعليه قيمة ما أكل في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وفي قولهما: ليس عليه إلا الاستغفار والتوبة، وإن أكل منه حلال آخر أو مُحْرِم آخر، فلا شيء عليه سوى الاستغفار والتوبة بالإجماع.

والحلال إذا اصطاد صيداً في الحِلِّ إن كان ذلك بأمر المُحْرِم، فليس للمحرم أن يأكله، وإن كان بغير أمره، فلا بأس بأكله وإن كان اصطاده لأجله(١).

وقال مالك: إن كان اصطاده لأجله، فلا يحل له أكله(٢)، وقال بعض الناس: لا يحل [له] أكل الصيد بحال.

[ذَبْحُ المُحْرِمِ الأَهْلِيَّ]

ولو ذبح المحرم الأهلي: كالدَّجاج، والبَطّ، وما أشبه ذلك مما ليس بوحشي، فلا بأس بأكله(٣)، [والحَمَام] أصله صيد، فلا يباح له قتله، وكذلك له أن يذبح الشاة، والبقرة وغيرهما.

وله أن يصطاد ما بدا له من صيد البحر كالسَّمك.

وأما الإوَزُّ، وطيور/ الماء فهو صيد البر؛ لأن توالده خارج الماء، وأصله [٩٨-أ]

= قال في الجديد: يحرم». وقال النووي: «وهو الأصح عند الجمهور». المهذب ٢/ ٧٢١؛ المجموع ٧/ ٣٠٨.

(١) وذلك لحديث أبي قتادة رضي الله عنه: (أنه أصاب حمار وَحْشٍ، وهو حلال، وأصحابه مُحْرِمُون، فقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم لأصحابه: (هل أشرتم؟ هل دلَلْتم؟ هل أعَنْتُمْ؟)، فقالوا: لا، فقال: (إذاً فكلوا)، البخاري (١٧٢٥)؛ ومسلم (١١٩٦).

(٢) انظر: المعونة على مذهب عالم المدينة ١/ ٥٣٦؛ قوانين الأحكام الشرعية ص١٥٦.

(٣) لأنه فيها كالحلال؛ إذ ليس بصيد.

قوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ مَتَٰعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ ۖ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا ۗ﴾ [المائدة: ٩٦].

قال: ولا بأس للمحرم أن يقتل البُرغُوثَ[١]، والنملة، والبَقَّة؛ لأنها ليست بصيد[٢]، وكذلك القُراد والحَلَمَة، وكذلك القُنْفُذ، وما كان من الهوام.

وليس له أن يقتل القَمْلَة؛ لأنها تتولد منه، وهي أذىٰ بدنه، والمُحْرِمُ منهي عن إزالة أذىٰ بدنه، فإذا قتلها، فعليه أن يتصدق بشيء[٣]، ولم يذكر في ظاهر الرواية مقدار الصدقة، ورووىٰ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه قال: إذا قتل المحرم قملة وألقاها، أطعم كِسْرَةً، وإن كانت اثنتين أو ثلاثاً أطعم قَبْضَة من الطعام، وإن كانت كثيرة أطعم نصف صاع من طعام، وإن قتل الجراد فعليه جزاؤه؛ لأن الجراد من الصيد، وروي عن عمر رضي الله عنه قال: (تمرة خير من جرادة)[٤]، ولو كسر بيض صيد، يجب عليه قيمته؛ لأنه أصل الصيد، وإن خرج منه فرخ ميت، فعليه قيمة الفرخ؛ لأن بناء الحرم والإحرام على التغليظ والتشديد. [والله سبحانه وتعالىٰ أعلم].

(١) «البَقُّ: حشرة من رتبة نصفية الأجنحة، أجزاء فمها ثاقبة ماصَّة على شكل خرطوم، ومنه ضروب»، المعجم الوسيط (بق).

(٢) مختصر الطحاوي ص٧٠. «لأنها ليست بصيد؛ لأن الصيد ما كان جنسه ممتنعاً مستوحشاً، وهذه الأشياء ليست بمتوحشة، ولا ممتنعة». شرح المختصر ٢/ ٥٦٦.

(٣) وعبارة الطحاوي: «وإن قتل قملة، أطعم شيئاً»، ص٧٠.

(٤) أخرجه مالك في الموطأ من قول عمر لكعب (٩٥٣)؛ وعبد الرزاق في مصنفه ٤/ ٤١٠؛ وابن أبي شيبة في مصنفه ٣/ ٤٢٥. انظر: نصب الراية ٣/ ١٧٣؛ الدراية ٢/ ٤٤.

بَابُ الفِدْيَةِ وجَزَاءِ الصَّيْدِ

[استواء السهو والعمد في محظورات الإحرام]

قال أبو جعفر رحمه الله تعالىٰ: **(ومن تَطيَّب من المُحْرِمين عامداً أو ساهيًا، أو حلق رأسه ساهيًا أو عامداً، أو فعل شيئًا سواهما مما لو فعله عامداً، كان عليه شيء، كان عليه [ذلك الشيء] في السهو والنسيان، كما يكون عليه في العمد)**[(١)].

وقد ذكرنا فيما تقدم: أن الناسي، والعامد، والمُكْرَه، والطائع في ارتكاب المحظور سواء في باب الإحرام.

قال: **(ومن وقف بعرفة بالحج، ودفع منها قبل الغروب، فعليه دم**[(٢)]**، فإن كان الإمام واقفًا على حاله، رجع فوقف [معه] ما بقي من الوقوف، والدم عليه على حاله)**[(٣)]، هكذا ذكر الطحاوي هاهنا، وهو قول زفر.

وأما في قول علمائنا الثلاثة: إذا رجع قبل الغروب ثم دفع مع الإمام بعد الغروب سقط عنه الدم[(٤)].

---

(١) مختصر الطحاوي ص ٧٠.

(٢) قال الجصاص: «لا تفسد حجته؛ لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (مَنْ وَقَفَ بعرفةَ ليلًا أو نهاراً، فقد تمَّ حجه) [كما روي نحوه من حديث عروة بن مضرس، أخرجه أبو داود (١٩٥٠)؛ والترمذي (٨٩١)؛ وابن ماجه (٣٠١٦)؛ وأحمد في المسند ٤/ ٢٦١] وعليه دم؛ لأنه ترك سنة الدفع؛ لأن من سنته الدفع بعد الإمام، أو معه». شرح المختصر ٢/ ٥٦٨.

(٣) المصدر السابق نفسه.

(٤) كما رَدَّ الجصاص على الطحاوي بقوله: «وهذا الجواب خلاف مذهبهم؛ لأن من مذهبهم: أن الدم يسقط بعوده قبل دفع الإمام؛ لأنه قد فعل سنة الدفع، وقد رواه عنهم أبو الحسن الكرخي رحمه الله تعالىٰ». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٦٨.

قال: (ومن بات في غير منىٰ في أيام منىٰ كان مُسَيْئًا، ولا شيء عليه، سواء كان من أهل السقاية أو من أهل الرعاة أو غيرهم).

قال: (وإذا قتل المحرم صيداً، حكم عليه في ذلك ذوا عدل) (١).

[الفِدْيَةُ إِذَا قَتَلَ المُحْرِمُ الصَّيْدَ]

الصيد: اسم لممتنع وحشي إما بقوائمه أو بجناحيه، فإذا قتله مُحْرِمٌ في الحِلِّ أو في الحَرَمِ، فإنه ينظر: إن كان الصيد هو الذي عدا عليه فقتله ذابًّا عن نفسه، فلا شيء عليه؛ لأن الحق لله سبحانه وتعالىٰ، والله تعالىٰ أذن له بقتله في هذه الحالة، وليس [كالجمل الصؤول] إذا صال على إنسان فقتله، فعليه قيمته لصاحبه؛ لأن الحق لصاحبه، ومن له الحق لم يأذن له، وروي عن أبي يوسف أنه قال: لا يضمن، وهو قول الشافعي [قال: لأني استقبح أن أضمّنه، وأفضله على بني آدم، ألا ترىٰ] لو أن حلالاً عدا على إنسان بسلاح فقتله الآخر، فلا شيء عليه [ففي الجمل أولىٰ](٢).

وأما إذا قتله [مبتدئًا] فإنه ينظر: إن كان مما ورد فيه الشرع بإباحة [قتله، فقتله] فلا شيء عليه: وهو الغراب، والحِدَأة، والكلب العقور، والحية، والفأرة(٣)، وإن لم يرد الشرع بإباحة قتله، فهو على ضربين:

إما أن يكون مأكول اللحم، أو غير مأكول اللحم.

---

(١) مختصر الطحاوي ص٧٠.

(٢) انظر: المهذب ٢/ ٧٢٥؛ المجموع ٧/ ٣٤٢.

(٣) وزاد أبو الليث عليها: العقرب، والنمل، والقراد، والسِّباع، إذا ابتدأوا به، والذباب، والبعوضة، والسرطان، والذئب، والبراغيث، والإبل، والبقر، والغنم، والدجاجة، حيث بلغت جملة ما قتله المحرم، لا شيء عليه: ثمانية عشر شيئًا. انظر: خزانة الفقه ص٩٦.
وأضاف الكاساني: البط الكسكري. انظر: البدائع ٣/ ١٢٥٣.

[حكم عدلين في التقويم في مأكول اللحم]

أما إذا كان مأكول اللحم، فإنه يؤتىٰ برجلين عَدْلَين [ممن] لهما [بصارة] ومعرفة في قيمة الصيد، فيقَوِّمانه (في المكان الذي قتله)، إن كان في ذلك الموضع له قيمة، وإن لم يكن له قيمة في ذلك الموضع، فيقَوَّم في أقرب الأماكن إليه الذي له فيه قيمة، ثم الخيار إلى القاتل بعد ذلك: فإن بلغت قيمته هَدْياً فهو بالخيار بين ثلاثة أشياء: إن شاء اشترىٰ به هَدْياً يذبحه في الحرم، وإن شاء اشترىٰ به طعاماً فيتصدق به على كل فقير نصف صاع من حنطة، وإن شاء صام يوماً مكان كل نصف صاع، وإن فضل الطعام مُدّ، فله الخيار: إن شاء [صام] يوماً كاملاً، وإن شاء تصدق به؛ لأنه صوم نصف النهار لا يجوز، فإن اشترىٰ [بها] هدياً وذبحه في الحرم، سقط الجزاء عنه بمجرد الذبح حتى أنه لو سرق، أو هلك،/ أو ضاع، [٩٨-ب] بوجه من الوجوه بعد الذبح قبل التصدق، سقط عنه الجزاء، وكذلك لو لم يضع وتصدق به بعد الذبح على فقير واحد أجزأه، ولا يجب عليه التفريق.

وإن ذبحه في الحِلِّ يسقط عنه الجزاء بالذبح، إلاّ أن يتصدق بلحمه على الفقراء، على كل فقير قيمة نصف صاع من حنطة، فيجزئه بدلاً عن الطعام، وإن اختار الإطعام والصيام يجزئانه في الأماكن كلها، ويجوز في الإطعام طعام الإباحة والتمليك، والصوم [يجوز] متتابعاً ومتفرقاً(١).

[قِيْمَةُ الصَّيْدِ لَمْ يَبْلُغْ قِيْمَةَ هَدْيٍ]

وإن لم يبلغ قيمته قيمة هدي، فهو بالخيار بين شيئين: بين الطعام [والهدي]، والهدي ما يجوز في الأضحية: وهو الجَذَع من الضأن إذ كان ضخماً عظيماً، وهو الذي أتت عليه ستة أشهر، والثَّنِيُّ من المعز: وهو الذي أتت عليه سنة، ولو بلغت قيمته حَمَلًا أو عَناقًا دون الجذع، فإنه لا يجزئه ذلك في قول أبي حنيفة،

---

(١) انظر: الهداية ١/ ٤١٦ - ٤١٩.

وفي قولهما: يجزئه ذلك، وهو قول ابن أبي ليلىٰ؛ لأن هذا يسمىٰ هدياً، ألا ترىٰ أنه لو أهدىٰ ناقة سحت كان له أن يتخذها مع ولدها، ويكون ذلك هدياً، هذا كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال [محمد]: الخيار في ذلك إلى الحَكَمين: إن شاءا حكما عليه هدياً، وإن شاءا حكما عليه الطعام، وإن شاءا حكما عليه صياماً، وليس له أن يخرج عن حكمهما، فإن حكما عليه هدياً ينظر إلى نظيره من [النعم] الأهلي، فيجب عليه ذبح نظيره، سواء كانت قيمة نظيره أقل أو أكثر، نحو أنه يجب في الظبي شاة، وفي الأرنب عَنَاق أو جَدْي، وفي اليربوع جَفْرَة، وإن لم [يكن له نظير] يلزمه نظير مما في ذبحه قربة: كالحمامة، والطيور ونحوها، فإنه يشتري بقيمته هديًا فيذبح في الحرم.

وأما إذا حكما عليه طعاماً أو صياماً، فعلى ما قال أبو حنيفة وأبو يوسف، فالاختلاف بينهم [وقع] في موضعين: أحدهما: أن الخيار إلى القاتل، وليس إلى الحكمين إلا بيان القيمة في قولهما، وعند محمد: الخيار إلى الحكمين، والثاني: أنه لا يجب على القاتل مثل المقتول من جهة [الخِلْقة] والصورة والنظر، وهذا كله إذا كان المقتول مأكول اللحم.

وأما إذا كان غير مأكول اللحم، فبدأ بقتله، وليس ذلك مما ورد الشرع [بإباحة قتله]، يجب عليه الجزاء عندنا، وقال الشافعي: لا يجب عليه[1]، فإذا وجب الجزاء عندنا، فحكمه على ما ذكرنا في مأكول اللحم، إلّا أنه لا يجاوز ثمن الهدي في ظاهر الرواية[2].

وذكر الكرخي: أنه لا يبلغ دماً، بخلاف ما إذا كان مأكول اللحم، فإنه يجب عليه قيمته بالغة ما بلغت، وإن بلغت قيمته هديين.

والحلال إذا قتل صيداً في الحرم، فحكمه على ما ذكرنا، إلّا أن الصوم فيه لا

---

(١) انظر: المهذب ٢/ ٧٢٣؛ المجموع ٧/ ٣٢١.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٧١.

يجوز(١)، (والقارن إن قتل صيداً، فعليه جزاءان)(٢)؛ لأنه يهتك حرمة إحرامين، فعليه جزاءان.

[المُحْرِمُ يقْتُلُ صَيْداً في الحَرَمِ]

والمُحْرِم إذا قتل صيداً في الحرم، كان ينبغي أن يكون عليه جزاءان: أحدهما: لأجل الإحرام، والآخر: لأجل الحرم، إلاّ أنه لا يجب عليه إلا جزاء واحد؛ لأن حرمة الإحرام أقوىٰ؛ لأن المحرم لم يحل له الصيد في الحِلِّ والحَرَمِ جميعاً، فاستتبع أقواهما أضعفهما(٣).

[الاشتراك في قتل الصيد]

المحرمان إذا قتلا صيداً [في الحلّ وفي الحرم، فعلىٰ كل واحد منهما جزاء كامل(٤)، وكذلك لو اشترك عشرة من المُحرمين في قتل صيد، فعلىٰ كُلٍّ جزاء كاملٌ، ولو أن رجلين قتلا صيدًا] في الحرم، فعليهما قيمة واحدة على كل واحد منهما النصف، وإن كان [حَلالاً ومُحْرِمًا] قتلا صيداً في الحرم [بضربة] واحدة، فعلىٰ الحلال نصف الجزاء، وعلى المحرم جزاء كامل.

---

(١) نقل الكاساني هنا قول المؤلف، وقال: «وهكذا ذكر القاضي في شرحه «مختصر الطحاوي»: أن حكمه حكم صيد الإحرام، إلّا أنه لا يجوز فيه الصوم». البدائع ٣/ ١٢٧٨.

(٢) مختصر الطحاوي ص٧١. وعلّل الجصاص لذلك بقوله: «لأنه مُحْرِم بشيئين، وكل واحد من الإحرامين، يوجب جزاء إذا كان على وجه الكفارة». شرح المختصر ٢/ ٥٧٣.

(٣) وقال الطحاوي هنا: «وإذا قتل الحلال صيداً كان في الحرم، كان عليه في ذلك مثل الذي على الحرام إذا قتله في الإحرام، إلّا أنه لا يجزيه في ذلك صوم»، أي: لا يجزيه إلّا الهدي والصدقة. مختصر الطحاوي ص٧١؛ انظر: شرح المختصر ٢/ ٥٧٣.

(٤) «وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ﴾ [المائدة: ٩٥]، ﴿وَمَن﴾: يتناول كل واحد من العقلاء بالحكم الذي عُلِّق به، ألا ترىٰ إلى قوله تعالىٰ: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢]، يتناول كل واحد من القاتلين، بإيجاب كفارة تامّة». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٧٢.

ولو أن حلالاً وقارناً قتلاً صيداً في الحرم، فعلىٰ الحلال: نصف الجزاء وعلى القارن جزاءان.

ولو أن حلالاً وقارناً ومفرداً اشتركوا في قتل صيد، فعلىٰ الحلال: ثلث الجزاء، وعلى القارن: جزاءان[1]، وعلى المفرد: جزاء كامل، وعلى هذا القياس تجري المسائل.

[المُحْرِمُ يَقْتُلُ بَازِيًّا مُعَلَّمـًا]

المحرم إذا قتل بازياً مُعَلَّمًا فإنه تجب عليه قيمته معلمًا بالغةً ما بلغت لصاحبه، وتجب عليه قيمته غير معلمٍ لله سبحانه وتعالىٰ؛ لأن التعليم له قيمة في حق العباد / لأنهم ينتفعون بذلك، والله سبحانه وتعالىٰ مستغنٍ عنه، وكذلك هذا في كل صيد مملوك قد أَلِفَ، وتَعَلَّم، فقتله محرم، يجب عليه قيمته معلماً لصاحبه، وغير معلم لله سبحانه تعالىٰ. [٩٩-أ]

[صيد في يده، أو في بيته، ثم أحرم]

ولو أحرم وفي يده صيد، فعليه أن يرسله، فإن أرسله فوجده في يد غيره بعدما حَلَّ، فهو أولىٰ به؛ لأن مِلْكَهُ لا يزول بالإرسال، ولو أرسله من يد إنسان، ضمن قيمته في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: لا ضمان عليه.

ولو أحرم وفي بيته صيد في قفص، أو أحرم وفي قفصه صيد ولم يدخله في الحرم، لا يجب عليه إرساله عندنا، وقال ابن أبي ليلىٰ: يجب عليه إرساله، ولو أخذ صيداً بعد الإحرام، فإنه لا يَمْلِكُه وعليه إرساله، ولو أرسله من يده آخَرُ [فلا ضمان عليه] بالإجماع؛ لأنه لا يملكه بالأخذ، ألا ترىٰ أنه لو أرسله بنفسه ثم وجده بعدما حَلَّ في يد رجل في الحل، فليس له أن يسترده منه.

---

(١) «وكذلك كل جناية وقعت منه في قِرانه، فعليه فيها كفارتان». شرح المختصر ٢/ ٥٧٣.

ولو قتله رجل في يده، يجب علىٰ الآخذ جزاؤه، وسواء أخذه بعد الإحرام أو أحرم وهو في يده، ويجب على القاتل الجزاء، مُحْرِماً كان أو حَلالاً في الحرم، ويرجع الآخذ بما ضمن على القاتل؛ لأنه أكد عليه الضمان، وكان على شرف السقوط، وعلى المُؤَكِّدِ ما على المُوْجِبِ: كشاهدين شهدا على الطلاق قبل الدخول ثم رجعا، يضمنان، وإن كان القاتل حلالاً في الحل، لا يجب عليه الجزاء، ولكن يرجع الآخذ [على القاتل] بما ضمن، [وكذلك إذا] كان القاتل غير مخاطب: كالصَّبِيِّ، والمجنون، والكافر، لا يجب عليه الجزاء لله تعالىٰ، ولكنه يرجع عليهم بما ضمن.

ولو قتله في يده بهيمةٌ، صار كأنه مات حتف أنفه، فيجب عليه الجزاء، ولا يرجع على أحد بذلك.

[مَوْتُ الصَّيْدِ بالتَّعَلُّقِ بِفُسْطَاطِ المُحْرِمِ]

المحرم إذا ضرب فسطاطاً فَتَعَلَّقَ به صيد، فمات، فلا جزاء عليه؛ لأنه غير متعمد في السبب، وكذلك لو حفر بئراً للماء، أو حفر تنوراً للخبز، فعطب به صيد، ولو حفر للاصطياد أو نصب شَبكة فتعرقل بها صيد فمات، وجب عليه الجزاء، إلاّ أنه إذا حفر للذئب، أو نصب لاصطياد المؤذي الذي ورد الشرع بإباحة قتله، فوقع فيها غير مؤذي فمات، لا جزاء عليه، وكذلك لو أرسل كلبه على صيد مؤذي فأخذ صيداً غير مؤذي فقتله، لا جزاء عليه(١).

[إِعَانَةُ المُحْرِمِ عَلىٰ الصَّيْدِ بالدِّلاَلَةِ]

المحرم إذا أدلىٰ محرماً أو حلالاً على قتل الصيد، فقتله المدلول بدلالته، إن كان المدلول يراه ويعلم به، لا شيء عليه، ويكره له ذلك، فإن رآه بدلالته، فعليه الجزاء عندنا، وعند الشافعي: لا جزاء عليه(٢).

---

(١) انظر: البدائع ٢/ ١٢٨٠، ١٢٨١، ١٢٨٣.

(٢) انظر: المهذب ٢/ ٧٢٠؛ المجموع ٧/ ٢٩٨.

ولو كان هذا حلالٌ في الحرم، فدل آخر على قتل الصيد، لا شيء عليه بالإجماع، إلا عند زفر(١).

[الإِحْصَارُ مِنَ العَدُوِّ والمَرَضِ]

قال: (ومن صُدَّ من المُحْرِمين عن الحَرَم بعَدُوٍّ، أو حَصَرَه عنه، أو حَبَسَه عنه مرض، أو [ما حبسه عنه من] شيء، كان ذلك حَصْرًا)(٢).

اختلف العلماء في الإحصار في عشرة مواضع:

أحدها: أن الإحصار قد يكون بالعدو وقد يكون بالمرض، أو بعِلَّةٍ مانعة عن المضي، أو سرقت نفقته، أو كانت امرأة مُحْرِمة فمات مَحْرَمُها أو زوجها، وهذا كله عندنا(٣)، وقال الشافعي: لا يكون الإحصار إلا بالعدو(٤).

---

(١) انظر: الهداية ١/ ٤١٧.

(٢) مختصر الطحاوي ص ٧١.

(٣) «لقول الله تعالىٰ: ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ﴾ [البقرة: ١٩٦].

وقال أهل اللغة: يقال: أحصره المرض، وحَصَره العدو، فالذي في لفظ الآية: الإحصار من المرض.

ومن جهة السنة: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (من كُسِر أو عَرَج، فقد حَلَّ، وعليه الحج من قابل) [أخرجه أحمد في المسند ٣/ ٤٥٠؛ وأبو داود (١٨٦٢)؛ والترمذي (٩٤٠)، وقال: هذا حديث حسن صحيح؛ والحاكم في المستدرك وصححه ١/ ٤٧٠، ووافقه الذهبي].

ولأن المعنىٰ الذي من أجله جاز له الإحلال في الإحصار من العدو، هو موجود في المرض: وهو الحبس». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٧٤.

(٤) قال النووي: «... وقال الشافعي والأصحاب: إذا أحصر العدو المحرمين عن المضي في الحج من جميع الطرق، فلهم التحلل، سواء كان الوقت واسعاً أم لا، وسواء كان العدو من المسلمين أو كفاراً»، المجموع ٨/ ٢٣٩. انظر: المهذب ٢/ ٨١٢؛ رحمة الأمة ص ٩٢.

والثاني: أن هدي الإحصار لا يجوز ذبحه إلا في الحرم عندنا، وعند الشافعي: يجوز في كل موضع(١).

والثالث: أنه إذا أحصر لا يحلّ إلا بالذبح في قول عامة العلماء، وقال بعض الناس: إذا أحصر حَلّ من ساعته من غير ذبح الهدي، إلا أن يكون معه هدي فيذبح ثم يحل، ويقال: هو قول مالك(٢).

والرابع: أنه إذا أحصر لا يحل إلا بالذبح، سواء شرط عند الإحرام الإحلال عند الإحصار أو لم يشترط، وقال بعضهم: إذا شرط عند الإحرام الإحلال عند الإحصار، يحل بغير هدي(٣).

والخامس: أن هدي الإحصار يجوز تقديمه على أيام النحر عند أبي حنيفة(٤)، وعندهما: لا يجوز تقديمه على يوم النحر(٥)، وأجمعوا أن هدي الإحصار من العمرة يجوز في أي وقت كان، بعد أن كان / الذبح في الحرم. [٩٩-ب]

والسادس: أنه إذا ذبح هدي الإحصار يَحِلُّ له كل شيء، ولا يحتاج إلى

(١) انظر: المهذب ٢/ ٨٢٢.
(٢) انظر: التفريع ١/ ٣٥١؛ المعونة ١/ ٥٩٠؛ قوانين الأحكام الشرعية ص١٦٠.
(٣) والقائل بالإحلال بغير هدي: الحنابلة، فذكر ابن قدامة: أنه (يستحب لمن أحرم بنسك، أن يشترط عند إحرامه ...، وقال: ويفيد هذا الشرط شيئين: أحدهما: أنه إذا عاقه عائق من عدو، أو أمر، أو ذهاب نفقة ونحوه، أن له التحلل. والثاني: أنه متىٰ حَلَّ بذلك، فلا دم عليه ولا صوم». المغني ٥/ ٩٢، ٩٣ (هجر).
(٤) وذلك «لقوله تعالىٰ: ﴿فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ﴾ [البقرة: ١٩٦]؛ ولأن الدم الذي يحل به، قائم مقام الطواف الذي يلزمه بالفوت، ولا وقت لذلك الطواف، فكذلك الدم الذي يقوم مقامه في الإحلال». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٧٧.
(٥) قال أبو الليث: «خمس من الهدايا لا يؤكل، ولا يقلد، ويجوز ذبحه قبل النحر: كفارة الصَّيد، وكفارة الحلق، وكفارة الإحصار، وكفارة الجِّماع، وكفارة اللُّبْس والطيب»، ثم ذكر الإحصار كما ذكر المؤلف رحمه الله تعالىٰ. خزانة الفقه ص٩٥.

الحلق في قول أبي حنيفة ومحمد[(١)]، وإن فعل فحسن، وقال أبو يوسف: أرىٰ عليه أن يحلق، وإن لم يفعل فلا شيء عليه، وروي عن أبي يوسف أنه قال: هو واجب لا يسعه تركه.

والسابع: أن المحصر إذا كان لا يجد الهدي ولا ثمن الهدي، لا يحل بالصوم عندنا ما لم يذبح الهدي عنه في الحرم، أو يذهب إلى مكة فيحل من إحرامه بأفعال العمرة.

وقال عطاء بن أبي رباح: يحل بالصوم، يصوم ثلاثة أيام ويحل، ويصوم سبعة أيام بعدها كالمتمتع والقارن.

والثامن: أن المحصر إذا حلَّ بالهدي، عليه قضاء حجة وعمرة: أما الحجة فلأنه أوجبها، والعمرة لفوات الحج في عامه ذلك[(٢)]، وقال بعضهم: عليه قضاء حجة لا غير.

والتاسع: أن القارن يحل بهديين عندنا؛ لأنه مُحْرِمٌ بإحرامين، وعند الشافعي: يحل بهدي واحد؛ لأنه محرم بإحرام واحد عنده[(٣)].

والعاشر: أنه يكون محصراً في إحرام العمرة، ويحل بالهدي عندنا، وقال بعضهم: لا يكون محصراً بإحرام العمرة، ولا يحل بالهدي.

---

(١) «ولأبي حنيفة: أن الحلق نسك يختص بالإحرام، من توابعه، فأشبه رمي الجمار، والسعي ونحوه، وليس كالصدقة التي تلزم في الإحرام، ولا كالصوم؛ لأن الصوم والصدقة ليسا مختصين بالإحرام، في كونهما قربة». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٧٨.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٧٢؛ وذلك لقوله صلىٰ الله عليه وسلم: (من كُسِر أو عَرَج، فقد حَلَّ، وعليه الحج من قابل).

وقول الطحاوي في ذلك: «وإن كان الذي حَلَّ منه عمرة، كانت عليه عمرة مكانها، وإن كانت حجّة، كانت عليه حجة وعمرة مكانها»، مختصر الطحاوي ص٧٢؛ «وذلك إذا لم يحج في تلك السنة، فإن حج في تلك السنة، فعليه الحجة وحدها، وإن حجّ من قابل، كان عليه حجة وعمرة». شرح المختصر ٢/ ٥٧٦.

(٣) انظر: المهذب ٢/ ٦٨٧؛ المجموع ٧/ ١١٧.

[أَحْوَالُ المُحْصِرِ وأَحْكَامُهُ]

ثم المحصر لا يخلو: إما أن يكون مفرداً بحجة، أو مفرداً، أو قارنـاً، ولا يخلو: إما أن يمنع عن الوصول إلى بيت الله الحرام، وعن الوقوف بعرفات، أو أحصر وهو بمكة، أو في الحرم، غير أنه لا يمنع من الطواف بالبيت، أو أحصر بعدما وقف بعرفات:

أما إذا منع عن الوصول إلى بيت الله تعالىٰ، فحكمه ما ذكرنا: أنه لا يحل إلا بالذبح، غير أنه إذا كان مفرداً بحجة، فعليه دم واحد، وقضاء حجة وعمرة، وإن كان مفرداً بعمرة، فعليه دم واحد، وعليه قضاء عمرة، وإن كان قارنـاً، فعليه دمان، وقضاء حجة وعمرتين: أما الحجة والعمرة؛ لأنه أوجبها، والعمرة؛ لفوات الحج في عامه ذلك.

وإذا أحصر وهو بمكة، أو في الحرم، غير أنه لا يمنع من الطواف بالبيت والسعي، فإنه ينظر: إن كان مفرداً بعمرة، فلا يكون محصراً؛ لأن العمرة: طواف، وسعي، وحلق، وهو قادر على ذلك كله(١).

وإن كان مفرداً بحجة، فلا يكون محصراً أيضـاً، فإن منع حتى مضىٰ وقت الوقوف، فإنه يكون [فائتًا للحج]، وفائت الحج يتحلل بأفعال العمرة، وعليه قضاء الحجة، ولا يجب عليه العمرة؛ لأنه قد أداها مرة.

وإن كان قارنـاً فعليه أن يأتي بأفعال العمرة، فإذا فات الحج ومضىٰ وقت الوقوف، فإنه يحل من إحرام حجته بأفعال العمرة، وعليه قضاء الحج لا غير، ولا يجب عليه هدي القِرَان.

---

(١) قال الطحاوي في مختصره: «ولا يكون الإحصار بمكة، إنما يكون قبلها» ص٧٢.

وقال الجصاص معلقـاً: «كل من أمكنه أن يتحلل من إحرامه بالطواف، لم يكن محصراً، ألا ترىٰ أن الذي يفوته الحج ليس بمحصر؛ لأنه يمكنه أن يتحلل بالطواف» ٢/ ٥٧٦.

وإن أحصر بعدما وقف بعرفات، فإنه لا يكون محصراً[١]؛ لأنه لما وقف بعرفات فقد تَمَّ حجه، قال عليه الصلاة والسلام: «**الحج عرفة، فمن وقف بعرفة فقد تَمَّ حجه**»[٢]، وبعد التمام لا يكون محصراً.

وإن مُنِعَ حتى مضت أيام النحر، والتشريق، ثم خلي سبيله، سقط عنه الوقوف بمزدلفة ورمي الجمار، وعليه دَمَان لهما، وعليه أن يطوف طواف الزيارة وطواف الصدر، وعليه دم لتأخير طواف الزيارة عند أبي حنيفة، وعندهما: لا شيء عليه، وكذلك يجب عليه دم لتأخير الحلق؛ لأنه مضت أيام النحر عنده، وعندهما: لا يجب.

ولو بعث المحصر هدياً وَوَاعَدَهم في يوم، ثم حَلّ من إحرامه في ذلك اليوم على حسبان أنهم ذبحوا عنه، ثم تبين [له] أنهم لم يذبحوا عنه، فإنه يعود مُحْرِماً كما كان، ولا يحل من إحرامه إلا بذبح الهدي في الحرم[٣]، وعليه لإحلاله وتناول محظور إحرامه دم، وكذلك إذا ذبح عنه في الحِلِّ، وحَلَّ من إحرامه على ظن أنهم ذبحوا عنه في الحرم، فهو على هذا.

وإذا بعث بهديين، فإنه يحل من إحرامه بذبح الأول منهما، والآخر يكون تطوعاً، إلا أن يكون قارناً، فلا يحل إلا بذبح [الهديين][٤].

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٧٢؛ «وذلك لأن الإحصار، يوجب له الإحلال والقضاء، وبعد الوقوف لا يتعلق به وجوب القضاء بحال، ألا ترىٰ أنه لا يجوز أن يلحقه الفساد بعد الوقوف بحال». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٧٧.

(٢) أخرجه الترمذي (٨٨٩)؛ والنسائي في الكبرىٰ (٤٠٥٠)؛ وابن ماجه (٣٠١٥)؛ والحاكم في المستدرك (٣٠١٥)؛ وابن خزيمة في صحيحه (٢٨٢٢) وغيرهم.

(٣) «... ولا يجوز له أن يواعدهم أن يحروه عنه في قول أبي يوسف ومحمد، إلا في يوم النحر وبه نأخذ، ولا ينحر عنه في قولهم جميعاً إلا في الحرم»، كما في مختصر الطحاوي ص٧٢.

(٤) في الأصل (أحدهما)، والمثبت هو ما يدل عليه السياق؛ حيث قال آنفاً: «إن القارن يحل بهديين». انظر: الحجة للإمام محمد ٢/ ١٩٧؛ المبسوط للسرخسي ٤/ ١١٢.

[زَوَالُ الإِحْصَارِ قَبْلَ بَعْثِ الهَدْيِ، أَوَ بَعْدَه]

وإذا زال الإحصار، وقدر على / الذهاب إلى مكة قبل أن يبعث بالهدي، فلا يحل [بالهدي] ولكنه يذهب إلى مكة، فإن أدرك الحج فَبِهَا ونِعْمَتْ، وإن لم يدرك فيكون فائت الحج، فيَتَحَلَّل بالعمرة. [١٠٠-أ]

وإذا زال الإحصار بعدما بعث الهدي، فهذا على أربعة أوجه: إما أن يقدر على إدراك الحج والهدي جميعاً، أو لم يقدر إلى إدراكهما، أو يقدر على إدراك الهدي دون الحج، أو يقدر على إدراك الحج دون الهدي.

أما إذا قدر على إدراكهما جميعاً فقد زال الإحصار، وإن لم يقدر على إدراكهما، فقد تحقق الإحصار، وحَلَّ بذبح الهدي، وإن قدر على إدراك الهدي دون الحج تحقق الإحصار أيضاً، وإن قدر على إدراك الحج دون الهدي، فهذا الفصل لا يتصور على قولهما؛ لأن من مذهبهما: أن تقديم هدي الإحصار على يوم النحر لا يجوز، فإذا قدر على إدراك الحج، فهو قادر على إدراك الهدي لا محالة، وإنما يتصور على قول أبي حنيفة؛ لأن تقديم هدي الإحصار على يوم النحر جائز عنده، والقياس على مذهبه: أنه لا يحل؛ لأنه لم يتحقق الإحصار، وفي الاستحسان: يحل بالهدي؛ لأنه كما كان غير قادر على إدراك الهدي، فصار كأنّ الإحصار زال عنه بالذبح فيحل بالذبح، فإن ذهب إلى القضاء من عامه ذلك، فإنه يقضي بإحرام جديد، وعليه قضاء الحج لا غير؛ لأنه لم يفت عنه الحج في ذلك العام، وإن قضىٰ في عام آخر، فعليه قضاء الحج، وعمرة لفوات الحج في عامه ذلك[١].

---

(١) «ومَن فاته الحج، تحلل بعمل عمرة؛ روي ذلك عن جماعة من الصحابة [كما أخرج مالك في الموطأ (١٥٣)؛ والبيهقي في المعرفة ٧/ ٣٨٥]، ولا نعلم فيه خلافاً»، كما ذكر الجصاص في شرحه ٢/ ٥٧٩.

[حَجُّ المَرْأَةِ بِغَيْرِ إِذْنِ زَوْجِهَا]

قال: **(وإذا أحرم العبد بغير إذنِ سيده، والمرأة بغير إذن زوجها، سوىٰ حِجَّةَ الإسلام التي هي على المرأة دون العبد، فإن للسيد والزوج أن يمنعهما، وكان عليهما ما على المحصر)**[1].

المرأة يجب عليها حِجَّة الإسلام إذا وجدت شرائطها، والعبد لا يجب عليه حجة الإسلام؛ لأن الحرية من شرطه ولم توجد، ثم المرأة لا تخلو إذا أحرمت: إما أن تحرم بحجة الإسلام أو لغير حجة الإسلام، ولا يخلو: إما أن يكون معها مَحْرَم، أو لم يكن معها مَحْرَم:

أما إذا أحرمت لغير حجة الإسلام، وكان معها مَحْرَم وإن لم يكن لها زوج، فإنها تمضي على ذلك، وإن كان لها زوج فأحرمت بإذنه، وكذلك إن أحرمت بغير إذنه، فلزوجها أن يمنعها ويُحَلِّلَها بغير هدي، وتحليله إياها ليس بقوله حَلَّلْتها، ولكنه يفعل بها أدنىٰ ما يحظره عقد الإحرام: من قص ظفر، أو يطيبها تطيباً، أو يُقَبِّلُها، أو يُعَانِقُها فتحل بذلك، وعليها هدي الإحصار، وقضاء حجة وعمرة[2]، فإذا أذن لها زوجها بالإحرام في عامها ذلك، فأحرمت ونوت القضاء أو لم تنو، يكون قضاء، وتسقط عنها تلك الحجة، ولا تجب عليها عمرة، ويجب عليها الدم لرفض الأول، وإن تحولت السنة فلا تسقط إلا بنية القضاء، وعليها حجة وعمرة ودم، وقال زفر: في الوجهين جميعاً يجب حجة وعمرة، ولا تسقط إلا بنية القضاء.

---

(١) مختصر الطحاوي ص ٧٢.

(٢) «وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر، أن تصوم تطوعاً إلا بإذن زوجها) [البخاري (٤٨٩٦)؛ ومسلم (١٢٠٦)]؛ فإذا كانت ممنوعة من الصوم لحق الزوج، فالحج أولىٰ بذلك»، كما في شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٨٠.

ولو أنها أحرمت لغير حجة الإسلام، ولم يكن معها مَحْرَمٌ وإن لم يكن لها زوج، فلا تحل من إحرامها إلا بالهدي كالرجل سواء، وإن كان لها زوج فأحرمت بإذنه، فكذلك لا تحل إلا بالهدي، وإن أحرمت بغير إذنه، فللزوج أن يحللها على ما ذكرنا، هذا إذا أحرمت بغير حجة الإسلام.

[إِحْرَامُ المَرْأَةِ بِحِجَّةِ الإِسْلَامِ]

(ولو أحرمت لحجة الإسلام، إن كان معها مَحْرَمٌ، وهي من واجدي السبيل عند خروج أهل بلدها، فليس للزوج أن يمنعها)[1]؛ لأن الزوج لا يمنعها من الفرائض: كصوم رمضان وقضائه، والمكتوبة من الصلوات، وله أن يمنعها من النوافل وما وجب عليها بفعلها، فإن خرجت إن كان الزوج معها فنفقتها عليه واجبة، وإن خرجت بغير إذن الزوج، فليس عليه نفقتها، وإن لم يكن معها مَحْرَمٌ إن لم يكن لها زوج، فلا تَحِلُّ إلا بالهدي، وإن كان لها زوج، فله أن يمنعها، وهي بمنزلة المحصر. هكذا ذكر في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي حنيفة رضي الله عنه: أن للزوج أن يُحَلِّلَهَا في الحال بغير هَدْيٍ بأدنىٰ ما يحظره عقد الإحرام؛ لأنه لما لم يُبح لها الخروج والمضي، صار كحج التطوع.

[إِحْرَامُ العَبْدِ وَالأَمَةِ بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ]

وأما العبد والأَمَة إذا أحرما بغير إذن السيد، فللسيد أن يمنعها ويحللها بغير هدي بأدنىٰ ما يحظره عقد الإحرام، وعلى كل واحد منهما هدي الإحصار، وقضاء حجة وعمرة بعد العتق.

ولو أحرم كل واحد منهما بإذن سَيِّده، يكره له أن يمنعهما، ولو أحصر العبد

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٧٢؛ شرح المختصر ٢/ ٥٨٠.

أو الأمة بعدما أذن المولىٰ لهما، كان للمولىٰ أن يذبح عنهما هدياً في الحرم فيحل؛ لأن هذا الهدي[١] وجب لبَلِيَّة ابتلي بها العبد أو الأمة بإذن المولىٰ، فصار بمنزلة النفقة، والنفقة على المولىٰ، فكذلك دم الإحصار، ألا ترىٰ أن الحاج عن الميت إذا أحصر، فدم الإحصار في مال الميت.

وإذا أحرم العبد أو الأمة بإذن السيد ثم باعهما، يجوز البيع وللمشري أن يمنعهما ويحللهما عند علمائنا الثلاثة، وقال زفر: ليس له ذلك، ويردهما بالعيب، وكذلك هذا الاختلاف، في المرأة إذا أحرمت بحجة التطوع ثم تزوجت بزوج، فله أن يحللها، وقال زفر: ليس له ذلك.

[إيجاب الرجل الهدي على نفسه]

قال: (**والهدي: من الإبل، والبقر، والغنم**)[٢].

الهدي من ثلاثة: من الإبل، والبقر، والغنم.

والبدنة من اثنين: من الإبل، والبقر.

والجزور من واحد: من الإبل خاصة.

إذا أوجب الرجل على نفسه الهدي، فإنه يُخَيَّر بين ثلاثة أشياء: إن شاء أهدىٰ شاة، وإن شاء أهدىٰ بقرة، وإن شاء أهدىٰ إبلاً، فما كان منها أعظم فهو أفضل، ولا يجزئ منها إلا ما يجزئ في الأضاحي: الثَّني من الإبل، والبقر، والجَذَع من الضأن إذا كان صحيحاً[٣] عظيماً، ويذبح في الحرم ويتصدق بلحمه على فقراء مكة، ولا

---

(١) في م (هَدْي الحرم). «وذلك لأنه روي في تأويل قوله تعالىٰ: ﴿فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ﴾ [البقرة: ١٩٦]: أن أدناه شاة، ولا خلاف في ذلك»، كما في شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٨١.

(٢) مختصر الطحاوي ص٧٢.

(٣) في م (ضخماً) فقط.

يجوز الذبح في غير الحرم.

وكذلك لو أوجب على نفسه أن يهدي مالاً بعينه، يلزمه أن يتصدق به أو بثمنه على فقراء مكة، وإن كان مما يُذْبَح، ذَبَحه في الحرم وتصدق بلحمه على فقراء مكة.

ولو أوجب على نفسه بَدَنَةً فإنه يُخَيَّر بين شيئين: إن شاء أهدىٰ بقرة، وإن شاء أهدىٰ إبلاً[1]، ولو ذَبَح في الحرم وتصدق على الفقراء جاز بالإجماع، ولو ذَبَح في غير الحرم وتصدق [باللحم] على الفقراء، جاز عن نذره في قولهما جميعاً، وقال أبو يوسف: لا يجوز.

ولو أوجب جزوراً، فعليه الإبل خاصة، ويجوز أن ينحر في المواضع كلها ويتصدق بلحمها.

[الدِّمَاءُ الَّتِي تَجِبُ فِي المَنَاسِكِ]

الدماء التي تجب في باب المناسك على ثلاثة أوجه:

في وجه يجوز تقديمه على يوم النحر بالإجماع بعد أن حصل الذبح في الحرم: وهي دماء الكَفَّارات، والنذور، وهدي التطوع.

وفي وجه لا يجوز ذبحه قبل يوم النحر: وهو دم المتعة، والقِران، والأضحية.

وفي وجه اختلفوا فيه: وهو دم الإحصار، عند أبي حنيفة يجوز تقديمه، وعندهما: لا يجوز تقديمه.

ثم هذه الدماء كلها على نوعين: نوع منها يجوز له أن يأكل منها: وهو دم

---

(١) قال الجصاص: «البَدَنة: اسم للجزور، والبقرة مثلها في الحكم؛ لأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أجاز ذبح البقرة عن سبعة، كما أجاز نحر البعير عن سبعة [مسلم (١٣١٨)]». شرح المختصر ٢/ ٥٨١.

المتعة، ودم القِران، والأضحية، وهدي التطوع إذا بلغ محله[١].

ونوع منها لا يجوز له أن يأكل منها: كدِمَاءِ الكَفَّارات، والنُّذُوْر، وهَدْيِ الإِحْصَار، وهَدْيِ التَّطَوُّع إذا لم يبلغ مَحِلَّه[٢].

فكل دم يجوز له أن يأكل منه: لا تجب عليه الصدقة بعد الذبح، وكُلّ دم لا يجوز له أن يأكل منه: تجب عليه الصدقة بعد الذبح، فلو هلك بعد الذبح لا ضمان عليه في الكل، وإن استهلك بعد الذبح فإنه ينظر: إن كان مما يجب عليه الصدقة، يغرم قيمته، فيتصدق بها، وإن كان مما لا يجب عليه الصدقة، لا يغرم شيئاً، ولو باعه يجوز بيعه، سواء إن كان مما يجوز أكله ولا يجب[٣] عليه صدقته، أو مما لا يجوز أكله ويجب عليه صدقته، [ولكن يجب عليه التصدق بثمنه].

وكل هدي عطب في الطريق قبل أن يبلغ مَحِلَّه، فإنه يفعل به ما شاء، والواجب عليه على حاله[٤]، إلا هدي التطوع/ فإنه ينحره ويغمس نعله بدمه، ويضرب به صَفْحَته وسِنَامه، ويخلي بينه وبين الناس يأكلونه، ولا يأكل هو بنفسه، ولا يطعم [١٠١-ب]

---

(١) وأما هدي المتعة؛ فلقول الله تعالىٰ: ﴿وَٱلْبُدْنَ جَعَلْنَٰهَا لَكُم مِّن شَعَٰٓئِرِ ٱللَّهِ لَكُمْ فِيهَا خَيْرٌ فَٱذْكُرُوا۟ ٱسْمَ ٱللَّهِ عَلَيْهَا صَوَآفَّ فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا فَكُلُوا۟ مِنْهَا وَأَطْعِمُوا۟ ٱلْقَانِعَ وَٱلْمُعْتَرَّ كَذَٰلِكَ سَخَّرْنَٰهَا لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ [الحج: ٣٦].

وقال تعالىٰ: ﴿فَكُلُوا۟ مِنْهَا وَأَطْعِمُوا۟ ٱلْبَآئِسَ ٱلْفَقِيرَ ﴿٢٨﴾ ثُمَّ لْيَقْضُوا۟ تَفَثَهُمْ وَلْيُوفُوا۟ نُذُورَهُمْ وَلْيَطَّوَّفُوا۟ بِٱلْبَيْتِ ٱلْعَتِيقِ﴾ [الحج: ٢٨، ٢٩].

والهدي الذي تترتب عليه هذه الأفعال: هدي المتعة؛ لأن هدي التطوع وسائر الهدايا، غير مؤقتة، وقد روي: أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أكل من بدنة المتعة». شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٨٢.

(٢) انظر: خزانة الفقه ص٩٦.

(٣) في م في الموضعين: (ولا يلزمه التصدق)، (ويلزمه التصدق).

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص٧٢، ٧٣؛ «وذلك لأنه خرج عن أن يكون من الواجب؛ لأن الواجب في ذمته كما كان، فكان بمنزلة من دخل في صلاة أنها عليه، ثم تبين أنها ليست عليه، فلا يلزمه إتمامها»، الشرح ٢/ ٥٨٣.

أحداً من الأغنياء[1]؛ لأن القربة كانت في ذبحه إذا بلغ مَحِلَّه، فإذا لم يبلغ مَحِلَّه كانت القربة في التصدق، ولا بدل عليه؛ لأنه غير واجب [عليه. والله سبحانه وتعالىٰ أعلم].

(١) «الأصل فيه: ما روي: أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم، بعث بَدَنَة مع ناجية بن جندب الأسلمي رضي الله عنه، فقال: يا رسول الله، ما أصنع بما أبدع عليّ منها؟، فقال: (انحرها، واصبغ نعلها في دمها، وخل بينها وبين الناس، ولا تأكل أنت، ولا أحد من أهل رفقتك) [سبق تخريجه]، ووجه نهيه أن يأكل هو وأهل رفقته منه: أنهم أغنياء، وسبيله أن لا يأكل منه إلاَّ الفقراء». شرح المختصر ٢/ ٥٨٣.

باب خُطَبِ الحج

قال الشيخ رحمه الله: للحج ثلاث خطب، بين كل خطبتين فاصل يوم.

فالخُطْبَةُ الأولىٰ: قبل يوم التروية: وهو اليوم السابع من ذي الحجة بمكة بعد صلاة الظهر، يُعَلِّمُ الناس فيها أحكام المناسك إلى يوم عرفة، خطبة واحدة لا يجلس فيها.

والخطبة الثانية: يوم عرفة قبل صلاة الظهر، يخطب خطبتين، ويجلس بينهما جِلْسَةً خفيفة كما يفعل يوم الجمعة، ويعلم الناس فيها أحكام المناسك إلى اليوم الثاني من أيام النحر، ويخطب بعد الأذان كما يفعل يوم الجمعة، وروي عن أبي يوسف أنه قال: يخطب قبل الأذان، فإذا مضىٰ صدراً من خطبته أذن المؤذنون.

والخطبة الثالثة: في اليوم الثاني من أيام النحر بعد صلاة الظهر بمنىٰ، خطبة واحدة يعلمهم ما بقي من أحكام المناسك، وهذا عندنا(١).

وقال زفر: يخطب ثلاث خطب متواليات: يوم التروية، ويوم عرفة، وأول يوم النحر. [والله تعالىٰ أعلم].

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٧٣؛ شرح المختصر ٢/ ٥٨٤، ٥٨٥.

باب الإشعار[1]

قال الإمام رضي الله عنه: ما يفعل بالهدي ثلاثة أشياء: تقليد، وتجليل، وإشعار.

فالغنم لا يقلد[2] ولا يُجلَّل[3] ولا يشعر عندنا، وقال الشافعي: يقلد الغنم[4]، والإبل والبقر يقلدان بالإجماع، والتقليد سنة، والتجليل حسن.

والتقليد: أن يعلق على عنق كل واحد منها نعلاً أو شراك نعل، أو عروة مزادة، أو ما أشبه ذلك من الجلود، ويتصدق بذلك كله إذا نحرت أو ذبحت.

والإشعار بالطعن مكروه في قول أبي حنيفة في الإبل والبقر جميعاً[5]، وعندهما: في الإبل سنة، وفي البقر مكروه، وهو قول الشافعي[6].

---

(١) الإشعار من: «أشعرت البدَنَة إشعاراً: حززت سَنَامها، حتى يسيل الدم، فيعلم أنها هدي، فهي شعيرة»، كما في المصباح (شعر).
وفي القدوري: «هو أن يشُقَّ سَنَامها من الجانب الأيمن» ص١٥٢.
وذكر المؤلف: بأنه يكون في الجانب الأيسر من السنام.

(٢) «وتقليد البدنة: أن يعلق في عُنُقها شيء؛ ليعلم أنها هدي». مختار الصحاح (قلد).

(٣) «والجِلال بكسر الجيم-: كساء يوضع على ظهر الدابة لتصان به، والجُلّ: بالضم والفتح». انظر: القاموس المحيط (جلل).

(٤) قال الشيرازي: «وتقلد الغنم خُرَب القرب» [عرىٰ القِرَب]، المهذب ٢/ ٨٢٤. انظر: المجموع ٨/ ٢٧٠.

(٥) وذلك لاعتبار: أن الإشعار مُثلة في غير الهدي، وليس بنسك في الهدي، فإذا لم يكن نسكاً، كان مُثلة. انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٨٦.

(٦) وذلك لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما: (أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم، صَلَّىٰ الظهر في ذي الحليفة، ثم أتي ببدنة، فأشعرها في صفحة سنامها الأيمن، ثم سلت الدم =

والإشعار: أن يطعن في الجانب الأيسر من السَّنَام، فيكون ذلك علامة لكونها هديًا، وإنما يقلد من البُدْنِ ما كان تطوعًا، أو هدي متعة، أو قِران، أو هديًا أوجبه على نفسه، وأما دماء الكفارات فلا تقلد؛ لأن التقليد إنما عرف بالشريعة، والشريعة إنما وردت في النُّسُكِ، ولأن التقليد للإظهار، والكفارات بناؤها على الستر والإخفاء.

وكل ما يقلد منها يُعَرَّفُ، يعني: يخرج إلى عرفات ويوقف بها، وكل ما لا يقلد لا يعرف، ويذبح في الحرم إذا بلغ الحرم، ولو قلد مالا يقلد، أو ترك تعريف ما [لا] يقلد، جاز ولا بأس بذلك[(١)][(٢)].

***

= عنها، ثم قلَّدها نعلين) [أخرجه مسلم (١٣٢١)]؛ «ولأنه ربما اختلط بغيره، فإذا أشعر وقلّد، تميّز، وربما نَدَّ، فيعرف بالإشعار والتقليد، فيرد»، كما قال الشيرازي في المهذب ٢/ ٨٢٣.

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٧٣.

(٢) أي: لا بأس بترك التعريف بالهدايا، كما لا يوقف بها بالمزدلفة، ولا يطاف بها بين الصفا والمروة. انظر: مختصر الطحاوي ص٧٣؛ شرح مختصر الطحاوي ٢/ ٥٨٦ - ٢٨٩.

باب حكم المُتَمَتِّع في سِيَاقَتِه الهَدْيَ[١]

[شرائط التمتع]

قال الشيخ الإمام رضي الله تعالىٰ عنه: قد ذكرنا أن المتمتع الذي تمت له الحجة والعمرة في أشهر الحج، ولم يَلُمَّ فيها بين ذلك بأهله إلْمَاماً صحيحاً، وليس من حاضري المسجد الحرام، فإذا اجتمعت هذه الشرائط صار متمتعاً، سواء ساق الهدي لتمتعه أو لم يسق، غير أنه إن ساق الهدي لم يبح له التحلل من العمرة؛ لأن الهدي مانع من التحلل، فيحرم للحج من غير أن يحلق[٢]، وإن لم يسق الهدي فهو بالخيار: إن شاء أحرم للحجة [بعدما حَلَّ للعمرة] بالحلق، وإن شاء أحرم للحج قبل أن يَحِلّ من عمرته[٣].

ولو ساق الهدي ومن نيته التمتع، فلما فرغ من العمرة بدا له أن لا يتمتع، كان له ذلك[٤]، ويفعل بهديه ما شاء، وإن بدا له أن يحج من عامه ذلك، فهذا على ثلاثة

---

(١) «الهدي: ما يُهدىٰ إلى الحرم من النَّعَم: (شاة أو بقرة أو بعير)، الواحدة: هَدْية بالتخفيف، وهَدِيَّة بالتثقيل، ويقال: هَدِيٌّ بالتشديد على فعيل، الواحدة: هَدِيَّة، كمطيَّة ومطيّ ومطايا». انظر: المغرب؛ المصباح (هدي).

(٢) وذلك لأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال حين أمر أصحابه بالإحلال: (لو استقبلت من أمري ما استبدرتُ، ما سُقْتُ الهدي، ولجعلتُها عمرة) [البخاري (١٥٦٨)؛ ومسلم (١٢١٦)].

وقال لعلي رضي الله عنه حين قَدِم عليه من اليمن: (إني سُقتُ الهدي، فلا أحِلُّ إلى يوم النحر) [البخاري (١٥٦٨)].

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص٧٤.

(٤) «وذلك لأن سَوْق الهدي لا يُعَيِّن عليه فعل الحج في تلك السنة، ولا يلزمه إياه، فله أن لا =

أوجه:

في وجه يكون متمتعاً وعليه هديان: هدي لأجل التمتع، وهدي آخر لأجل إحلاله بعدما ساق الهدي: فهو أنه إذا أحرم بمكة ولم يرجع إلى أهله.

وفي وجه: لا يكون متمتعاً، ولا يجب عليه شيء: وهو أنه إذا عاد إلى أهله بعدما حلّ ثم رَجَع وحَجّ من عامه ذلك.

وفي وجه اختلفوا فيه: وهو أن يخرج من الميقات بعدما حَلَّ، فعند أبي حنيفة:
[١٠١-ب] يكون متمتعاً، كأنه بمكة وعليه هديان / ، وقالا: لا يكون متمتعاً، كأنه رجع إلى أهله إلى داره، وقد ذكرنا أجناسه فيما تقدم. [والله سبحانه وتعالىٰ أعلم بالصواب][1].

= يتمتع، ويصنع بهديه ما شاء»، كما قال الجصاص في شرحه ٢/ ٥٩١.

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٧٤؛ وشرحه ٢/ ٥٩١.

كتاب البيوع(١)

قال الشيخ الإمام رضي الله تعالىٰ عنه: (**وإذا تعاقد الرجلان البيع الجائز بينهما بلا خيار اشترطه فيه واحد منهما، فليس لواحد منهما فسخه تَفَرَّقا بأبدانهما [عن موطن البيع] أو لم يتفرقا**)(٢).

---

(١) «البيع في اللغة: عبارة عن تمليك مال بمال آخر، وكذا في الشرع، ولكن زيد فيه: قيد التراضي».

ويقال: «هو في الشرع: عبارة عن إيجاب وقبول في مالين، ليس فيهما معنىٰ التبرع».

«الإيجاب: هو ما يذكر أولاً من كلام أحد العاقدين».

«والقبول: هو ما يذكر ثانياً». اللباب ٢٣٧ (مع الجوهرة).

«والبيوع على أربعة أوجه: بيع جائز، بيع فاسد، بيع باطل، بيع موقوف على الإجازة.

فالجائز: يوقع الملك بمجرد العقد إذا كان خالياً عن شرط الخيار.

والفاسد: لا يوقع الملك بمجرد العقد ما لم يتصل به القبض بإذن البائع.

والباطل: لا يوقعه وإن قبض بالإذن.

والموقوف: لا يوقعه وإن قبض، إلاَّ بإجازة مالكه». الجوهرة ص٢٥٨.

«وأما من حيث الانعقاد: هو تعلق كلام أحد العاقدين بكلام الآخر شرعاً، على وجه يظهر أثره في المحل. أي: على وجه يثبت أثره الشرعي».

«فالعقد: إما منعقد، أو غير منعقد، أي: باطل، والمنعقد: إما صحيح، أو غير صحيح، أي: فاسد، والصحيح: إما نافذ، أو غير نافذ، أي: موقوف، والنافذ: إما لازم، أو غير لازم، واللازم: إما تام، أو غير تام، ولكل مرتبة من هذه المراتب شروط».

انظر ذلك بالتفصيل: أحكام المعاملات المالية للدكتور محمد عبد البر.

(٢) مختصر الطحاوي ص ٧٤؛ «وذلك لقول الله عز وجل: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾، [النساء: ٢٩]، فأباح الأكل بوجود التراضي عن التجارة، والبيع تجارة، فدلَّ على نفي الخيار، وصحة وقوع =

[العقود المتعلقة بالشروط]

العقود على ثلاثة أوجه:

عقد يتعلق بالجائز من الشرط، فالفاسد من الشرط يفسده.

وعقد لا يتعلق بالجائز من الشرط، فالفاسد من الشرط لا يفسده.

وعقد يتعلق بالجائز من الشرط، فالفاسد من الشرط فيه على نوعين: نوع منه يفسده، ونوع منه لا يفسده:

أما العقد الذي يتعلق بالجائز من الشرط، والفاسد من الشرط يفسده: كالبيع والشراء، والإجارة، والقسمة، والصلح عن دعوىٰ مال، وما أشبه ذلك. [مما هو مبادلة مال بمال، أو مال بمنافع].

ومعنىٰ قولنا: إن هذه العقود تتعلق بالجائز من الشرط: وهو ذكر البدل، فلا يصح هذا العقد إلا بالبدل المنطوق في العقد، وينبغي أن يكون البدل معلوماً حلالاً مما يجري فيه التمليك والتملك، فصار ذكر البدل شرطاً جائزاً من حيث لا يجوز العقد إلا به، والفاسد من الشرط يفسده، فإنه إذا أدخل فيه شرطاً فاسداً لا يقتضيه العقد أفسده، وإذا كان البدل مجهولاً أو حراماً مما لا يصح فيه التمليك والتملك أفسده.

وأما العقد الذي لا يتعلق بالجائز من الشرط، والفاسد من الشرط لا يبطله: كالنكاح، والخلع، والصلح عن دم العمد، والعتق على مال، فهذه العقود كلها

= الملك للمشتري بنفس العقد، وجواز تصرفه فيه.

ومن جهة السنة: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (من اشترىٰ طعامًا، فلا يبعه حتى يقبضه) [أخرجه مسلم بلفظ: (حتى يكتاله) (١٥٢٨)]، فأجاز بيعه بعد القبض، ولو كان هناك خيار للبيِّع [البائع]، امتنع جواز تصرف المشتري»، ونحوه أحاديث دالَّة على جريان البيع من العاقدين من غير شرط الافتراق. انظر: شرح المختصر ٣/ ٥ وما بعدها.

تصح بغير ذكر البدل، ويجوز بالبدل المعلوم والمجهول، والحلال والحرام، ولا تبطل بالشروط الفاسدة.

وأما العقد الذي يتعلق بالجائز من الشروط، والفاسد من الشرط فيه على نوعين: نوع منه يفسده، ونوع منه لا يفسده:

وهو عقد الكتابة، فإنه يتعلق بالجائز من الشروط من حيث إنه لا ينعقد إلا بالبدل المذكور في العقد.

[الكتابة الفاسدة]

والفاسد من الشروط فيه علىٰ نوعين: فإن كان الشرط الفاسد [قويًا] مما يدخل في صلب العقد في البدل والمبدل جميعاً أفسده: نحو أن يكاتبه على بدل مجهول، أو على بدل حرام، أو [يكاتب] جاريته على ألف درهم على أن يطأها؛ مادامت مكاتبته أو تخدمه، ولم يبين للخدمة [وقتاً، فالكتابة فاسدة]، ولكنها إذا أَدَّت الألف عُتِقَتْ، ويجب عليه العُقْر[1] إذا وطئها، وإن كانت قيمتها ألف درهم أو أقل، فليس عليها غير ذلك، ولا يسترد من الألف ما زاد على قيمتها عند علمائنا الثلاثة، وقال زفر: يسترد.

ولو كانت قيمتها أكثر من الألف، غرمت الفضل بالإجماع.

ولو كاتبه على قيمته فالكتابة فاسدة؛ لأنها مجهولة تعرف بالحزر والظن، ولكنه إذا أدىٰ قيمته [عتق] لا شيء عليه غيرها.

ولو كاتبه على ثوب [أو دَابَّة]، ولم يسم جنسه، لا يجوز، ولا يعتق إذا أدىٰ الثوب؛ لأن اسم الثوب يقع على أجناس مختلفة، ولو كاتبه على أرطال من خمر وهما مسلمان أو على خنازير معلومة العدد، فالكتابة فاسدة، وإن أدّاها عتق،

---

(١) «والعُقْر بضم العين: صداق المرأة إذا أتيت بشبهة». المغرب (عقر).

ولزمته قيمته لمولاه؛ لأنه صار قابضـاً نفسه بعقد فاسد، والمقبوض بالعقد الفاسد مضمون بالقيمة، ولو كاتبه على ميتة أو دم فلا تجوز الكتابة، ولا يعتق إذا أَدَّىٰ إلاّ إذا قال: إن أَدَّيْتَ إليَّ ذلك فأنت حر، فإذا أدىٰ يعتق لحق اليمين مجانـاً.

[الكتابة الصحيحة]

ولو كاتبه على بدل معلوم، على أن لا يخرج من البلد، أو على أن لا يَتَّجِرَ، وما أشبه ذلك من الشروط التي لا تدخل في صُلْبِ [العقد]، فالكتابة صحيحة والشرط باطل، فصار عقد الكتابة بين شَبَهَيْن: يشبه عقد النكاح من وجه، بدليل أنه يثبت الحيوان فيه ديناً في الذمة، ويجوز من غير أن يذكر صفة البدل، ويقع على الوَسَط، [١٠٢-أ] ويشبه البيع من وجه من حيث إنه لا يصح إلا ببدل معلوم، فأعطي له حُكْمٌ بين / حُكْمَيْن، فإن كان الشرط الفاسد دخل في صلب العقد أفسده، وإن [كان لا يدخل] في صلب العقد لا يفسده، ثم عقد البيع مرة ينعقد بلفظين، وأخرىٰ ينعقد بثلاثة ألفاظ:

[اَلْعَقْدُ الَّذِي يَنْعَقِدُ بِلَفْظَيْنِ]

أما الذي ينعقد بلفظين نحو: أن يكون لفظ المتعاقدين على الماضي، أو على الإيجاب في الحال: أما الماضي نحو أن يقول البائع: بعت منك هذا العبد بألف درهم، فيقول المشتري: اشتريت أو قال: أخذت، أو قَبِلْتُ، أو فَعَلْتُ، تَمَّ البيع بينهما. أو بدأ المشتري فقال: اشتريت منك هذا العبد بألف درهم، وقال البائع: بعت، أو قال: هو لك، تَمَّ البيع بينهما بلفظين.

وأما لفظ الإيجاب أن يقول البائع: أبيع منك هذا العبد بألف درهم، وأراد به إيجاب البيع في الحال، فقال المشتري: اشتريت، أو قبلت، أو يقول المشتري أولًا: أشتري منك هذه الجارية بألف درهم، وأراد به الإيجاب، فقال البائع: بِعْت، تَمّ البيع بينهما.

[العَقْدُ الَّذِي يَنْعَقِدُ بِثَلاَثَةِ أَلْفَاظٍ]

وأما الذي ينعقد بثلاثة ألفاظ نحو أن يكون لفظ أحدهما لفظ الآخر، نحو أن يقول البائع للمشتري: اشترِ مني هذا العبد بألف درهم، فقال المشتري: اشتريت، فلا يتم البيع ما لم يَقُلِ البائع: بِعْتُ.

أو يقول المشتري للبائع: بِعْ مني هذا العبد بألف درهم، فقال البائع: بِعْتُ، فلا يتم البيع ما لم يَقُلِ المشتري: اشتريت.

أو يقول البائع للمشتري: اشتريتَ مني هذا العبد بألف درهم؟ على سبيل السؤال، فقال المشتري: اشتريتُ، فلا يتم البيع ما لم يقل البائع: بِعْتُ.

أو يقول المشتري للبائع: أتبيع مني هذا العبد بألف درهم؟ فقال البائع: بِعْتُ، فلا يتم البيع ما لم يقل المشتري ثانياً: اشتريت.

فمتىٰ تَمَّ البيع على البائع والمشتري: إما بلفظين، أو بثلاثة ألفاظ على ما بيّنا، بلا خيار اشترطه واحد منهما، فليس لأحدهما فسخ البيع بغير رضا صاحبه، تفرقا بأبدانهما عن مجلس العقد أو لم يتفرقا[١]، وهذا معنىٰ قول الطحاوي الذي ذكرنا - في أول الباب.

---

(١) قال الجصاص: «وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، فأباح الأكل بوجود التراضي عن التجارة، والبيع تجارة، فدل على نفي الخيار، وصحة وقوع الملك للمشتري بنفس العقد، وجواز تصرفه فيه.

ويدل عليه أيضاً، قوله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وذلك عقد، فيلزم الوفاء به بظاهر الآية، وفي إثبات الخيار، نفي للزوم الوفاء به.

ومن جهة السنة: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (من اشترىٰ طعاماً، فلا يبعه حتى يقبضه) [أخرجه مسلم بلفظ: (حتى يكتاله) (١٥٢٨)؛ وأحمد في المسند ٣/ ٤٠٢]. =

وفي النكاح ينعقد بلفظين، سواء كان لفظهما على الماضي، أو على الإيجاب في الحال، أو على الأمر، وهذا كله عندنا.

وقال الشافعي: ما داما في مجلس العقد، فلكل واحد منهما فسخه رَضِيَ صاحبه بالفسخ أو لم يرض، [فإذا تفرقا] عن مجلس العقد، تأكد البيع بالإجماع، ولا يملك أحدهما فسخه إلا برضا صاحبه(١).

[البيع الفاسد](٢)

وأما في البيع الفاسد؛ لكل واحد منهما فسخه قبل القبض؛ لأن البيع الفاسد لا عبرة به ما لم يتصل القبض به، وبعد القبض ينظر: إن كان الفساد قويـًا دخل في صلب العقد، فلكل واحد منهما فسخه في [حضرة] صاحبه، وإن كان المفسد ليس قويـًا، دخل في صلبه، ولكن بشرط منفعةٍ لأحدهما، فمن له الشرط يملك فسخه، وليس لصاحبه الفسخ.

[خيار المتبايعين]

قال: (**والخيار الذي جاءت به السُّنَّةُ هو بين قول البائع: قد بعتك، وبين قول صاحبه: قد قبلت منك**)(٣)، وهو قوله صلىٰ الله عليه وسلم: «**المتبايعان بالخيار ما**

= ومن النظر: أن النكاح، والخلع، والعقد على مال، والكتابة، متفق على صحة وقوعها بالعقد مِن غير خيار، فوجب أن يكون البيع مثله، والمعنىٰ الجامع بينهما: أن العاقد راض بما تضمَّنه عقده من إيجاب الملك من غير شرط خيار». انظر للتفصيل في الأدلة: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٥ وما بعدها.

(١) انظر: المهذب ٣/ ١١؛ المجموع ٩/ ١٨٥.

(٢) «البيع الفاسد على أربعة أوجه: الإكراه على البيع، والجهالة في الثمن أو المثمّن، وإدخال شيء من الحرام في البيع، نحو: الخمر والخنزير، واشتراط الخيار بالتوقيت، أو البيع إلى الحصاد، والدياس، والتذرية ...، إذا لم يعرفه المتبايعان». خزانة الفقه ص ١٧٠، ١٧١.

(٣) وتكملة العبارة: «... للمخاطب بالبيع الرجوع قبل قبول صاحبه عمّا قال، وللمخاطب قبول ذلك القول ما لم يتفرق هو وصاحبه بأبدانهما، فإذا افترقا بأبدانهما، لم يكن له أن =

لم يتفرقا»(١).

وبيانه: وهو أن البائع إذا قال للمشتري: بعت منك هذا العبد بألف درهم، فقَبْلَ أن يقول المشتري: قَبِلْتُ، رجع البائع عن قوله، أو قام واشتغل بعمل، يدل على الإعراض عن المجلس، ثم قَبِلَ المشتري، فإنه لا يصح البيع، ويصحُّ رجوع البائع. ولو قال المشتري قَبْلَ القبول أو أعرض عن المجلس ثم قَبِلَ، لا يصح أيضاً، وكذلك لو بدأ المشتري فقال: اشتريت منك هذا العبد بألف درهم، ثم رجع عن قوله قبل أن يقول البائع: بعت، صَحّ رجوعه على ما ذكرنا، فيما إذا بدأ البائع بالكلام، فهذا معنىٰ قوله عليه الصلاة والسلام: «**المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا**» يعني بالأقوال من خطاب أحدهما قبل خطاب صاحبه، وللمخاطب الرجوع قبل قبول صاحبه عما قال، ولصاحبه أيضاً الخيار: إن شاء قَبِلَ، وإن شاء لم يَقْبَلْ(٢).

[اتصال خطاب المتعاقدين]

وإذا تعاقدا عقد البيع، وهما يمشيان، أو يسيران على دابة واحدة، أو على دابتين، فإن أخرج المخاطب جوابه/ متصلاً بخطاب صاحبه، تَمَّ العقد بينهما، [١٠٢-ب] وإن فصل عنه وإن قَلَّ، فإنه لا يَصِحّ، وإن كانا على دابة واحدة في مَحْمِلٍ واحد؛ لأنه لما وجد مشيٌ أو سير من أحدهما، أو منهما جميعاً بين الخطابين، وإن قلّ، فقد بطل المجلس، ووجد الإعراض عنه قبل تمامه، فبطل، ألا ترىٰ أنه لو قرأ آية سجدة مراراً وهو يمشي، أو يسير على دابة لا يصلي عليها، فإنه يجب لكل قراءة سجدة؛ لتفرق المكان.

= يقبل بعد ذلك ...»، مختصر الطحاوي ص٧٤.

(١) أخرجه البخاري (٢٠٠٢) بلفظ: (المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا ...)؛ ومسلم نحوه (١٥٣١)؛ ومالك في الموطأ (١٣٤٩)؛ وأخرجه أبو داود بلفظ المؤلف (٣٤٥٦)؛ والنسائي في الكبرىٰ (٦٠٧٥). انظر: نصب الراية ٤/ ١، ٢؛ الدراية ٢/ ١٤٧.

(٢) انظر بالتفصيل: مختصر الطحاوي ص٧٤؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٩-١٣.

ولو خَيَّر امرأته وهي تمشي أو تسير على دابة لا يصلىٰ عليها، فإن وقفت فهي على خيارها ما لم تعرض عن مجلسها ذلك، وإن مشت أو سارت، بطل خيارها؛ بإعراضها عن المجلس، إلاّ إذا أخرجت نفسها باختيارها متصلاً بتخيير الزوج إياها، بانت منه إذا نوىٰ الزوج طلاقاً.

ولو تبايعا وهما في السفينة [وهي تجري] فوجدت سكتة فيما بين الخطابين، فلا يمنع ذلك انعقاد العقد بينهما، والسفينة بمنزلة البيت؛ لأنهما لا يملكان إيقافها، فجريان السفينة لم يضف إليهما، فلا ينقطع مجلسهما بجريانها، بخلاف الدابة؛ لأنهما يملكان الإيقاف، فيضاف سير الدابة إليهما، ألا ترىٰ أنه إذا قرأ آية السجدة مراراً في السفينة والسفينة تجري، فلا يجب عليه إلا سجدة واحدة، وكذلك إذا خيّر امرأته في السفينة، فسكتت، فلا يبطل خيارها.

ولو تبايعا وهما واقفان، تَمَّ البيع بينهما، إلاّ إذا سار أحدهما أو كلاهما بعد خطاب أحدهما، قبل وجود الخطاب من صاحبه، بطل، ولا ينعقد بقبول الآخر بعد ذلك.

ولو خَيَّر امرأته وهي واقفة، فسار الزوج، أو مشىٰ قبل أن تختار المرأة، ثم اختارت المرأة نفسها، وقع الطلاق إن نوىٰ الزوج به طلاقاً، ولو سارت المرأة قبل الاختيار ثم اختارت، فلا يقع شيء من الطلاق، وإنما يقتصر على مجلسها خاصة دون مجلس الزوج، بخلاف البيع فإنه يقتصر على مجلسهما جميعاً[1].

[شَطْرَا عَقْدُ البَيْعِ]

ثم عقد البيع له شطران: أحدهما: شطر قول البائع: بعت، والشطر الآخر: قول المشتري: اشتريت، وشطر العقد في البيع لا يجوز تعليقه [بالقيد والحظر]،

(١) انظر: البدائع ٦/ ٢٩٩٣.

ويملك صاحبه الرجوع عنه قبل قبول صاحبه، ويقتصر ذلك على مجلسهما على ما بينا.

وشطر العقد لا يتوقف على قبول صاحبه وهو غائب، نحو أن يقول: بعت عبدي هذا من فلان الغائب بألف درهم، بَلَغه فقبل، لا يَصِحُّ إلاّ إذا كتب إليه كتاباً بذلك، نحو أن يكتب إليه أما بعد: فقد بعت عبدي هذا من فلان الغائب بألف درهم، فلما وصله الكتاب فقال في مجلسه ذلك: اشتريت، فكذلك لو أرسل رسولاً على نحو أن يقول البائع: [يا فلان] بعت عبدي هذا من فلان [الغائب] بألف [درهم]، فاذهب يا فلان وقل له، فذهب الرسول فأخبره بما قال، فقال المشتري في مجلسه ذلك: اشتريت، أو قال: قَبِلْتُ، تمّ البيع بينهما.

وبعد ما كتب شطر العقد، أو بعد ما أرسل رسولاً، إذا رجع عن ذلك صَحَّ رجوعه، سواء علم الرسول أو لم يعلم؛ لما ذكرنا أنه يملك الرجوع عن شرط العقد قبل قبول صاحبه، بخلاف ما إذا وَكَّل وكيلاً ثم عزله بغير محضر منه، فلا يصح عزله.

وكذلك هذا الحكم في الإجارة، والكتابة، والنكاح، إن شَطْرَ العقد في هذه العقود لا يجوز تعليقه بالحظر، ويملك الرجوع قبل قبول صاحبه، ويقتصر على مجلسهما جميعاً، ولا يتوقف على قبول صاحبه إذا كان غائباً كما ذكرنا في البيع إلّا في النكاح، فإنهم اختلفوا فيه: على قول أبي حنيفة ومحمد: كذلك الجواب، وفي قول أبي يوسف: قول أحدهما يتوقف على إجازة الغائب، نحو أن يقول الرجل للشهود: أشهدوا أني قد تزوجت فلانة بكذا، فبلغها فأجازت، أو قالت المرأة: هكذا، فبلغ الزوج فأجاز؛ لا يجوز في قولهما، وفي قول أبي يوسف: يجوز[1].

---

(١) انظر البدائع ٦/ ٢٩٩٤.

[الخيار في البيع]

[١٠٣-أ] قال: ولا يجوز اشتراط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة/ أيام(١).

البيع فيه خيارات أربعة: خيار القبول، وخيار الرؤية، وخيار العيب، وخيار الشرط(٢).

أما خيار القبول: فهو أن أحدهما إذا خاطب صاحبه بالبيع والآخر بالخيار، إن شاء قَبِلَ، وإن شاء لم يَقْبَلْ، وحكمه: ما ذكرنا أنه يقتصر على مجلسهما جميعاً، ويكون المخاطب بالخيار قبل قبول صاحبه: بين أن يرجع عما قال، وبين ألا يرجع، ولصاحبه الخيار: بين أن يقبل، وبين ألا يقبل، ولا يوجب الملك للمشتري [قبل قبول صاحبه، ولا يكون موروثاً](٣).

[خِيَارُ الرُّؤْيَةِ]

أما خيار الرؤية(٤): يثبت في شراء الأعيان، ولا يثبت في الديون كالسَّلَم

---

(١) تكملة عبارة الطحاوي: «... في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وأما في قول أبي يوسف ومحمد رضي الله عنهما: فلا بأس به ثلاثة أيّام، وأكثر منها إذا كان إلىٰ نهاية معلومة». مختصر الطحاوي ص٧٥.

(٢) وسمّىٰ أبو الليث السمرقندي خيار القبول: بخيار الملك. خزانة الفقه ص١٧١.

(٣) وهذا ما يعني بحديث: (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا)، وقال الجصاص: «عندنا على وجهين: يجوز أن يريد بها: فُرقة الأبدان، ويجوز أن يريد: فرقة الأقوال»، ثم وضّح ذلك بالأمثلة. انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٠، ١١.

(٤) «خيار الرؤية: هو أن يشتري ما لم يره، ويرده بخياره»، المعجم الاقتصادي الإسلامي ص١٤٤.

«والأصل في جواز شراه: ما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (لاَ تَلَقُّوا الجلب، فمن تلقّاه، فاشترىٰ شيئاً، فهو بالخيار إذا أتىٰ السوق) [مسلم (١٥١٩)]، ولا معنىٰ لهذا الخيار إلاَّ أنه اشترىٰ الشيء في وعائه، ثم حمله إلى السوق، فنظر إليه، فجعل له فيه خيار الرؤية؛ لأن العادة كانت فيمن يتلقّىٰ الجلب، أن يشتري الحِمل على ظهر البعير، =

والأثمان، فإذا اشترىٰ عيناً لم يرها وقت الشراء، ولا رآها قبل ذلك، فله الخيار إذا رآها، وكذلك الثمن إذا كان عيناً يثبت للبائع فيه الخيار، وخيار الرؤية إنما يثبت في كل عقد ينفسخ بالرد: كالإجارة، والصلح عن دعوىٰ مال، [والقسمة]، والشراء، وما أشبه ذلك من العقود التي يكون العقد ينفسخ برده[١]، ولا يثبت خيار الرؤية في كل عقد لا ينفسخ العقد برده: كالمهر، وبدل الخلع، وبدل الصلح عن القصاص، وما أشبه ذلك من العقود التي تكون الرّد فيها مضموناً بنفسه لا بما يقابله؛ لأن الرد في هذه المواضع لا يفيد؛ لأنه بالرد لا يرتفع العقد.

وقيام العقد يوجب المطالبة بالعين، فإذا قبض يرده أيضاً، فيؤدي إلى ما لا يتناهىٰ، [وأحكام الله تعالىٰ متناهية]، والرد بخيار الرؤية في الموضع الذي يثبت فيه خيار الرؤية يكون فسخاً قبل القبض وبعده، ولا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي، ولا إلى رضا البائع، وينفسخ العقد بقوله: رددت، ويجوز الرد قبل الرؤية؛ لأن الرَّدَّ بخيار الرؤية فسخ، وقبل الرؤية أقرب إلى الفسخ، والرضا به قبل الرؤية لا يجوز، وله الخيار إذا رآه؛ لأن [إقدامه على الشراء] كان رضاً منه، ومع ذلك يثبت له الخيار في الرد، وكذلك إذا رضي به قبل الرؤية.

ثم خيار الرؤية إنما يثبت حكماً لا بالشرط[٢]، فلا يتوقف ولا يمنع وقوع الملك للمشتري، حتى أنه لو تصرف فيه يجوز تصرفه، وبطل خياره، ولزمه الثمن، وكذلك لو هلك في يده، أو صار إلى حالٍ لا يملك الفسخ والرد، بطل خياره ولزمه الثمن.

= فلا يفتحه حتى يردَّه إلى بيته، وأحادث وآثار أخرىٰ دالة على خيار الرؤية، وعدم رؤية المشتري لا تمنع صحة العقد». انظر: شرح المختصر ٣/ ٨٩، ٩٩.

(١) حكم خيار الرؤية: التخيير بين الفسخ والإجازة إذا رأىٰ البيع.

(٢) «أمَّا خيار الرؤية، فلا يثبت إلا في أربعة أشياء: في البيع، والإجارة، والقسمة، والصلح من دعوىٰ المال على شيء بعينه»، كما في خزانة الفقه ص١٧٢.

وخيار الرؤية لا يورَّث، حتى أن المشتري لو مات قبل الرؤية، فليس لورثته الرد[١].

[خيار العيب]

وأما خيار العيب[٢]: فهو أنه إذا اشترىٰ شيئاً لم يعلم بالعيب قبل الشراء، ولا علمه وقت العقد، والعيب يسير أو فاحش، فله الخيار: إن شاء رضي به بجميع الثمن، وإن شاء رَدَّه، فإن وجد به عيباً قبل القبض، فله الخيار: إن شاء رضي به بجميع الثمن، وإن شاء رَدَّهُ، ورضاه: قد يكون بالصريح أن يقول: رضيت، وقد يكون بالدليل: بأن يقبضه بعد معرفته بالعيب، وإن اختار الرد ينفسخ بقوله: رددت، ولا يحتاج إلى رضا البائع، ولا إلى قضاء القاضي، وإن وجد به عيباً بعد القبض فَرَدَّهُ، فإنه لا ينفسخ إلا برضا البائع أو بقضاء القاضي، فإن رده برضا [البائع] يكون فسخاً في حقهما، وبيعاً جديداً في حق ثالث سواهما، وإن رده بقضاء القاضي يكون فسخاً، وكذلك هذا في كل عقد ينفسخ بالرد، ويكون مضموناً بما يقابله، فإنه يرد بالعيب اليسير والفاحش.

وأما كل عقد لا ينفسخ بالرد ويكون مضموناً بنفسه، لا بما يقابله: كالمهر، وبدل الخلع، والقصاص، فإنه لا يرد بالعيب اليسير، وإنما يرده بالعيب الفاحش؛ لأنه لا فائدة في الرد بالعيب اليسير، لأنه لو رَدَّ يرجع ببدله، وقد يدخل العيب اليسير في بدله أيضاً، فيحتاج إلى الرد.

وخيار العيب يثبت من غير شرط، ولا يتوقف ولا يمنع وقوع الملك للمشتري، ويكون موروثاً[٣].

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص١٧٢؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٣، ٩٩.
(٢) خيار العيب: هو أن يختار ردَّ المبيع إلى بائعه بالعيب. ووَضَّح ذلك المؤلف.
(٣) انظر: خزانة الفقه ص١٧٣؛ مختصر القدوري ص١٧٤.

[البيع بشرط الخيار]

وأما البيع بشرط الخيار على أربعة أوجه: إما أن يكون شرط الخيار للبائع، أو للمشتري، أو لهما جميعاً، أو شرط / أحدهما الخيار لغيره، تم البيع بشرط [١٠٣-ب] الخيار إلى ثلاثة أيام[١]، أو أقل مما يجوز في قولهم جميعاً.

(وإن كان أكثر من ذلك، لا يجوز في قول أبي حنيفة وزفر، ويجوز في قول أبي يوسف ومحمد، بعد أن كان إلى نهاية معلومة)[٢] بالأيام أو بالشهور أو بالسنين.

ولو أبطل صاحب الخيار خياره قبل مضي ثلاثة أيام، أو قبل أن ينفسخ العقد بينهما لأجل الفساد، انقلب إلى الجواز عند أبي حنيفة، وعند زفر: لا ينقلب جائزاً، وعند أبي يوسف ومحمد: كان جائزاً، ولو مضت الأيام الثلاثة ثم أبطل صاحب الخيار خياره، فلا ينقلب إلى الجواز بالإجماع؛ لأن الفساد تأكد بمضي الأيام الثلاثة.

---

(١) «والأصل فيه، ما روي: أن حبان بن منقذ رضي الله عنه، كان يُغبن في البياعات، فقال له النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (إذا بايعت فقل: لا خلابة، ولي الخيار ثلاثة أيام)، رواه الحاكم في المستدرك، كما قال الزيلعي، وكذا الشافعي، والبيهقي في المعرفة. انظر: نصب الراية ٤/ ٦؛ وأخرجه ابن ماجه (٢٣٥٥).

وفي الزوائد: في إسناده محمد بن إسحاق، وهو مدلس، وقد عنعنه. انظر: نصب الراية ٤/ ٧.

ولأبي حنيفة: أن شرط الخيار يخالف مقتضىٰ العقد: وهو اللزوم، وإنما جوّزناه بخلاف القياس؛ لما رويناه من النص، فيقتصر على المدة المذكورة فيه، وانتفت الزيادة»، الهداية ٣/ ٩٤٩.

فلما اتفقت الأمة على جواز الخيار، خصص من عموم الخبر [الثلاث]، وبقي ما عدا الثلاث محمولاً على لفظ الخبر. انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٣.

(٢) مختصر الطحاوي ص٧٥.

[انْقِلاَبُ العَقْدِ الفَاسِدِ إلى الجَوَازِ]

ولو لم يؤقت للخيار وقتاً، فالبيع فاسد بالإجماع، وإن أبطل صاحب الخيار خياره بعد العقد قبل مضي الأيام الثلاثة، وقبل أن ينفسخ العقد بينهما لأجل الفساد، انقلب إلى الجواز عند علمائنا الثلاثة، وقال زفر: لا ينقلب إلى الجواز، وإن أبطل صاحب الخيار خياره بعد مضي الأيام الثلاثة عند أبي حنيفة وزفر: لا يعود إلى الجواز، وعند أبي يوسف ومحمد: يعود[1].

والأصل عند زفر: أن البيع إذا انعقد على الفساد، فلا ينقلب إلى الجواز برفع الفساد، والأصل عند علمائنا الثلاثة: أن الفساد على ضربين: فساد قوي دخل في صُلْبِ العقد: وهو البدل أو المبدل، وفساد ضعيف لم يدخل في صُلْبِ العقد، وإنما دخل في شرط [مستفاد ورد] على العقد، والفساد إذا كان قوياً فلا ينقلب إلى الجواز برفع المُفْسِدِ: كما إذا باع عبداً بألف درهم ورطل من خمر، ثم حطّ عن المشتري الخمر، فلا ينقلب إلى الجواز.

وأما الفساد الضعيف: فهو أن يبيع بشرط الخيار ولم يوقت للخيار وقتاً، أو وقَّت إلى الحصاد، والدِّرَاس[2]، ثم أبطل صاحب الخيار خياره، أو أبطل المشتري الأجل ونقد الثمن، انقلب إلى الجواز عندنا، ولو مضت المدة المجهولة تأكد الفساد ولا ينقلب إلى الجواز.

وكذلك لو عقدا عقد السَّلَم بشرط الخيار، فالسَّلَم فاسد، فإذا أبطل صاحب الخيار خياره قبل التفرق، انقلب إلى الجواز إذا كان رأس المال قائماً في يده، ولو تفرقا قبل الإبطال تأكد الفساد، وكذلك لو اشترىٰ ثوباً برقمه ولا يدري ما رقمه، فالبيع فاسد، فإن علم رقمه قبل الافتراق، واختار البيع صَحَّ البيع، ولو تفرقا قبل العلم تَأَكَّدَ الفساد، ولا ينقلب إلى الجواز بعد ذلك.

---

(١) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ٦٤.

(٢) في م (والدِّياس) والمعنىٰ واحد. انظر: المصباح (دوس).

[المِلْكِيَّةُ إِذَا كَانَ شَرْطُ الخِيَارِ لِلْبَائِعِ]

ثم شرط الخيار إن كان للبائع، فالبيع لا يخرج عن ملكه وإن قبضه المشتري بإذن البائع بالإجماع، والثمن يخرج عن ملك المشتري بالإجماع، واختلفوا في دخوله في ملك البائع: قال أبو حنيفة: لا يدخل إلا بالإجازة، وقال أبو يوسف ومحمد: الثمن يدخل في ملك البائع[١].

والأصل عند أبي حنيفة: أن ملك الثمن والمُثَمَّنِ لا يجتمعان في مِلْكِ مالك واحد، وأجمعنا أن المبيع لم يخرج عن ملك البائع، فلو قلنا: إنّ الثمن يدخل في ملكه، لاجتمع ملك الثمن والمثمّن في ملكه، وهذا لا يجوز.

والأصل عندهما: (أن ملك الثمن والمثمن يجتمعان في ملك من له الخيار، وهاهنا الخيار للبائع، فاجتمعا في ملكه؛ لأن)[٢] البيع من جانب المشتري باتّ، فيعمل عمله في حقه، ألا ترىٰ أن الثمن يخرج من ملكه بالإجماع.

ولو تصرف البائع في المبيع تصرف المُلاّك نفذ تصرفه فيه، وانفسخ العقد بينهما؛ لأن تصرفه دلَّ على تقرير ملكه، ويجب تقرير ملكه فسخ عقده، سواء كان المشتري حاضراً أو غائباً. ولو تصرف في الثمن أولاً وهو عينٌ، صَحّ تصرفه، وجاز العقد؛ لأنّ تصرفه في الثمن تقرير ملكه فيه، ويجب تقرير ملكه فيه إزالة ملكه عن المبيع وإجازة العقد[٣].

[تَصَرُّفُ المُشْتَرِي فِي المَبِيْعِ أَوْ هَلاكُهُ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ]

[ولو تصرف المشتري في المبيع في هذه الخيار، لا يجوز؛ لأنه لم يخرج عن ملك البائع]، ولو تصرف / في الثمن وهو عين في يده، فلا يجوز أيضاً؛ لأنه خرج [١٠٤-أ]

(١) مختصر القدوري ص١٧١ (مع الترجيح).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٣) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ٦٣، ٦٤.

عن ملكه بالإجماع.

ولو هلك المبيع في مدة الخيار ينظر: إن هلك قبل التسليم إلى المشتري بطل العقد؛ لأن هلاك المعقود عليه قبل القبض، يبطل العقد في البيوع كلها، ولو هلك بعد القبض، بطل البيع، وتلزمه القيمة، أما بطلان البيع؛ فلأن المعقود عليه صار إلى حال لا يجوز ابتداء العقد عليه في تلك الحالة، فلا يلحقه الإجازة، وتلزمه القيمة؛ لأنه لا يخلو إما أن يلزمه الثمن، أو يهلك أمانة، [أو يهلك بالقيمة، ولا يجوز أن يلزمه الثمن؛ لأن هذا البيع قد بطل، ولا يهلك أمانة](١)؛ لأن هذا البيع لا يكون أدون حالاً من المقبوض بِسَوْم القعد، والمقبوض بسَوْم القعد مضمون بالقيمة، فهاهنا أولى(٢).

[جَوَازُ البَيْعِ إِنْ كَانَ شَرْطُ الخِيَارِ لِلْبَائِعِ]

ثم شرط الخيار إن كان للبائع، فجواز البيع ونفوذه بأحد معانٍ ثلاث:

أحدها: أن يجيز البائع البيع فيقول: أجزت، جاز البيع، سواء كان المشتري حاضراً أو غائباً.

والثاني: أن يموت البائع في مدة الخيار، فيبطل خياره بموته ونفذ عليه [ولا يقوم ورثته مقامه في الفسخ والإجازة في مدة الخيار](٣)، ولا يكون موروثاً عنه عندنا، وقال الشافعي: يكون موروثاً ويقومون مقامه في الفسخ والإجازة في مدة الخيار(٤).

والثالث: أن تمضي مدة الخيار من غير فسخ ممن له الخيار، تَمَّ البيع ونفذ.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

(٢) انظر: الهداية ٣/ ٩٥٠، ٩٥١.

(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من م، وهكذا كل ما يوجد بين معقوفتين من غير تنبيه.

(٤) قال النووي: «... فالأصح انتقاله إلى الوارث والوَلِيّ ...»، المنهاج ص٢١٩.

[وفسخه] بأحد أمرين: إما بالقول، أو بالفعل: أما فسخه بالقول: أن يقول في مدة الخيار: فسخت، فإن كان فسخه بحضرة المشتري، انفسخ ولا يحتاج إلى قضاء القاضي، ولا إلى رضا المشتري، وإن كان فسخه بغير حضرة المشتري، لا يَصِحُّ فسخه، ويكون موقوفاً في قول أبي حنيفة ومحمد، فإن علم المشتري بفسخه في مدة الخيار، صَحَّ الفسخ، وإن لم يعلم حتى مضت مدة الخيار، جاز العقد ونفذ.

وكذلك إذا أجاز البائع بعد فسخه قبل أن يعلم المشتري، جاز، وبطل فسخه، وقال أبو يوسف: صَحَّ فسخه علم المشتري بذلك أو لم يعلم، ولا يجوز إجازته [بعد ذلك، وأجمعوا: أن إجازته] بغير حضرته يجوز، [وهذا حجة لأبي يوسف]، وأجمعوا أن [الموكل] لو عزل وكيله بغير حضرته، فإنه لا يَصِحُّ، وكذلك أحد الشريكين إذا فسخ الشركة بغير محضر من صاحبه، لا يصح، وكذلك المضارب لو نهاه رب المال عن التصرف بغير حضرته، لا يصح.

وأما الفسخ بالفعل: فهو أن يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف المُلاَّك: كما إذا أعتق أو باع، أو كاتب جارية فوطئها، أو قَبَّلها، وما أشبه ذلك، فإن العَقْدَ ينفسخ حكماً، سواء إن كان المشتري حاضراً أو غائباً؛ لأن هذا فسخ حكماً، والشيء قد يثبت حكماً وإن كان يبطل قصداً(١).

[اَلْمِلْكِيَّةُ إِذَا كَانَ شَرْطُ الْخِيَارِ لِلْمُشْتَرِي]

وأما إذا كان شرط الخيار للمشتري، فالمبيع يخرج عن ملك البائع بالإجماع، ولا يدخل في ملك المشتري عند أبي حنيفة، وعندهما: يدخل، والثمن لا يخرج من ملك المشتري بالإجماع(٢).

---

(١) انظر: خزانة الفقه ص ١٦٨، ١٦٩؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٥.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص١٧١.

ولو تصرف المشتري في المبيع، جاز تصرفه ونفذ البيع، أما على قولهما: فلا يُشْكِل، لا يملكه، وكذلك على قول أبي حنيفة؛ لأنه كان لا يملكه لبقاء خياره، فلما أقدم على التصرف صار مختاراً، ودخل في ملكه فحصل تصرفه في ملكه، فجاز.

ولو تصرف المشتري أولًا في الثمن، وهو عين في يده، أو في يد البائع، جاز تصرفه ويكون فسخاً للبيع.

ولو تصرف البائع في مدة الخيار في المبيع، لم يجز؛ لأنه خرج عن ملكه.

ولو تصرف في الثمن، وهو عين في يده أو في يد المشتري، فلا يجوز تصرفه فيه أيضاً؛ لأن الثمن لم يخرج عن ملك المشتري بالإجماع.

ولو هلك المبيع في مدة الخيار ينظر: إن كان هلك قبل القبض في يد البائع بطل البيع، وإن هلك بعد القبض تمَّ البيع، ولزمه الثمن؛ لأنه لما أشرف على الهلاك عجز عن رده، وبطل خياره، ونفذ البيع، ولزمه الثمن، وإذا كان شرط الخيار للمشتري: فجواز البيع ونفوذه للمعاني الثلاثة الذي ذكرنا في / جواز البيع [إلاَّ] إذا كان الخيار [١٠٤-ب] للبائع، فلمعاني أخر سواها نحو: أن يصير في يد المشتري إلى حال لا يملك المشتري فسخه على تلك الحالة، مثل: أن يهلك، أو ينتقص المعقود عليه في يد المشتري نقصاناً يسيراً أو فاحشاً بفعل المشتري، أو بفعل البائع، أو بآفة سماوية، أو بفعل المعقود عليه، أو بفعل الأجنبي، بطل خياره ونفذ البيع؛ لأن الرد فسخ، والفسخ إنما يدور على ما دار عليه العقد والقبض، وقد عجز عن رَدِّه كما قبضه، فبطل خياره ونفذ البيع، وهذا كله في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف كذلك إلا في خصلة واحدة: وهو أن النقصان إذا حصل في يد المشتري بفعل البائع، فلا يبطل خيار المشتري: إن شاء رده عليه، وإن شاء أجازه وأخذ من البائع الأرش(١).

---

(١) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ٦٣؛ الهداية ٣/ ٩٥١.

[المَوَانِعُ مِنَ الرَّدِّ وَالفَسْخِ بِوُجُوْدِ المَبِيْعِ فِي يَدِ المُشْتَرِي]

ولو ازداد المبيع في يد المشتري زيادة متصلة متولدة من الأصل: كالحسن والجمال، والبُرْء من المرض، وذَهَابِ البياض من العين، وما أشبه ذلك، فإنها مانعة للرد والفسخ، وبطل خياره، ونفذ البيع في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يمنع الرد وهو على خياره؛ لأن الزيادة المتصلة لا عبرة لها في عقود المبادلات عنده.

وإن كانت الزيادة متصلة غير متولدة منه كالصبغ، والخياطة، وكسويق لَتَّه بسَمْنٍ، أو كانت أرضـاً فبنىٰ فيها، أو غَرَسَ فيها، وما أشبه ذلك، فإنها مانعة للفسخ والرد بالإجماع، وبطل خياره ونفذ البيع.

ولو حدثت زيادة [منفصلة] إن كانت متولدة من الأصل: كالولد، والأرش، والعقر، واللبن، والثمر، والصوف، وما أشبه ذلك فإنها مانعة الرد والفسخ، ويبطل خياره ونفذ البيع.

وإن كانت غير متولدة منه: كالهِبَةِ، والصَّدَقة، والكَسْب، والغَلَّةِ، فإنها غير مانعة للرد والفسخ، وهو على خياره، إلا أنه إذا اختار البيع فالزوائد له مع الأصل، وإذا اختار الفسخ يرد الأصل مع الزوائد في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: يرد الأصل والزوائد للمشتري؛ لأن مذهبهما: أنه دخل في ملكه، وعند أبي حنيفة: كان موقوفـًا.

وكذلك لو تصرف المشتري في المبيع تصرف المُلاَّك، كان مختاراً مبطلاً لخياره، ومنفذاً للبيع، وإذا كان الخيار للمشتري ففسخه بأحد أمرين: إما بالقول، أو بالفعل: إما فسخه بالقول لا يصح إلا بحضرة البائع عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يصح فسخه.

وأما فسخه بالفعل: فهو أن يكون الثمن عيناً ويتصرف فيه تصرف المُلاَّك، ينفسخ العقد، سواء كان البائع حاضراً أو غائباً[1].

[فَائدةُ الاختِلاَف]

ثم فائدة الاختلاف الذي ذكرنا: أن شرط الخيار إذا كان للمشتري فالمبيع لا يدخل في ملكه في قول أبي حنيفة، وإنما يظهر في مسائل:

إحداها: أنه إذا اشترىٰ قريبه وهو ذو رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه، على أنه بالخيار ثلاثة أيام، لم يعتق عليه؛ لأنه لم يدخل في ملكه، وخياره على حاله: إن شاء فسخ البيع وعاد إلى ملك البائع ولا يعتق، وإن شاء اختاره فعتق عليه، ولزمه الثمن، وعندهما: عتق عليه حين اشتراه ولزمه الثمن، وبطل خياره؛ لأنه دخل في ملكه.

وأجمعوا: أنه لو قال لعبد الغير: إن اشتريتك فأنت حر، فاشتراه على أنه بالخيار ثلاثة أيام: عُتِقَ عليه وبطل خياره، ولزمه الثمن، أما عندهما: فلا يشكل؛ لأنه حنث بالشراء وهو في ملكه، فعتق عليه، وأما عند أبي حنيفة: فيعتق لأن المعلق [بالشرط] كالمرسل عند وجود الشرط، ولو أرسل العتق بعد شرائه بشرط الخيار ينفذ عتقه.

وكذلك الاختلاف فيمن اشترىٰ [جارية] قد ولدت من بشرط الخيار، عند أبي حنيفة: لا تصير أم ولد له، وخياره على حاله، إلّا إذا اختارها / صارت أم ولد له، وعندهما: تصير أم ولد له بالشراء، ويبطل خياره، ويلزمه الثمن. [١٠٥-أ]

وكذلك الاختلاف: فيمن اشترىٰ زوجته على أنه بالخيار ثلاثة أيام: لا يفسد النكاح بينهما عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وفي قولهما: فسد النكاح، والأصل عندهم جميعاً: أن أحد الزوجين إذا مَلَك رقبة صاحبه أو شقصاً منها، فسد النكاح [بينهما]، فعند أبي حنيفة: لا يملكها، وعندهما: يملكها، فإن وطئها في مدة الخيار

---

(١) انظر: الهداية ٣/ ٩٥١، ٩٥٢؛ فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ٦٣.؛ البدائع ٧/ ٣٣٨٥.

قبل الاختيار فإنه ينظر: إن كانت بكراً فنقصها الوطء، صار مختاراً في قولهم جميعاً، أما على قول أبي حنيفة: فلأجل النقصان، وعلى قولهما: لأجل النقصان والوطء جميعاً، وإن كانت ثيباً لم ينقصها الوطء، فلا يصير مختاراً في قول أبي حنيفة رضي الله تعالىٰ عنه؛ لأنه وطئها بالنكاح لا بملك اليمين؛ لأن عنده: النكاح قائم، وفي قولهما: يصير مختاراً لها؛ لأنه يصير واطئاً لها بملك اليمين، والنكاح عندهما قد ارتفع، وأجمعوا: أنها لو لم تكن زوجة له فوطئها، يصير مختاراً، سواء نقصها الوطء أو لم ينقصها؛ لأنه حصل وطئها إياها بملك اليمين.

ويظهر أيضاً الاختلاف: فيمن اشترىٰ جارية على أنه بالخيار ثلاثة أيام وقبضها، فحاضت عنده في مدة الخيار، أو حصل بعض الحيض في مدة الخيار فاختارها، وصارت للمشتري، فلا تجزئ تلك الحيضة عن الاستبراء، وعليه أن يسبرئها بحيضة أخرىٰ عنده، وعندهما: تجزئ تلك الحيضة عن الاستبراء.

ولو اختار فسخ العقد والرد، وعادت الجارية إلى البائع، فلا يجب على البائع الاستبراء عند أبي حنيفة، سواء كان الرد قبل القبض أو بعده؛ لأنه لم يملكها على البائع غيره، وعندهما: إن كان [الرد] قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء استحساناً، والقياس: أن يجب، وإن كان الرد والفسخ بعد القبض، يجب على البائع الاستبراء قياساً واستحساناً؛ لأن المشتري ملكها عندهما.

وأجمعوا: أن العقد لو كان [باتّاً] ثم فسخ العقد بينهما بإقالة أو بغيرها، إن كان قبل القبض القياس: أن يجب على البائع الاستبراء، وفي الاستحسان غير واجب، وإن كان بعد القبض فالاستبراء واجب قياساً واستحساناً.

وإن كان الخيار للبائع ففسخ العقد، فلا يجب عليه الاستبراء؛ لأنها لم تخرج عن ملكه، وإن أجاز البيعَ فعلى المشتري أن يستبرئها بعد جواز البيع والقبض بحيضة مستأنفة في قولهم جميعاً.

ويظهر الاختلاف أيضـًا: فيمن اشترىٰ شيئـًا بعينه على أنه بالخيار ثلاثة أيام: فقبضه بإذن البائع، ثم أودعه في مدة الخيار عند البائع، فهلك المبيع في يد البائع في مدة الخيار أو بعدها، هلك على البائع، ويبطل البيع في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: يهلك على المشتري، ويلزمه الثمن؛ لأن من مذهب أبي حنيفة أنه لم يملكه المشتري، وارتفع قبضه بالرد على البائع، فهلك المبيع قبل القبض، وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع، وعندهما: ملكه المشتري، فصار مودعـًا ملك نفسه، فصار هلاكه في يد المودَع كهلاكه في يده؛ إذ يد المُوْدَع كيَدِه، ولو كان الخيار للبائع فسَلَّمه إلى المشتري، ثم إن المشتري أودعه البائع في مدة الخيار، ثم هلك في يد البائع قبل جواز البيع أو بعده، بطل البيع بالإجماع.

ولو كان البيع باتـًا، فقبضه المشتري بإذن البائع، والثمن [منقودًا] أو مؤجلاً، وله فيه الخيار: خيار رؤية أو خيار عيب، فأودعه البائع فهلك عند البائع، هلك على المشتري، ولزمه الثمن بالإجماع؛ لأن خيار الرؤية وخيار العيب لا يمنعان وقوع الملك فصار مودعـًا ملك نفسه[1].

[العبد المأذون اشترىٰ سلعة على أنه بالخيار ثلاثـًا]

ويظهر الاختلاف أيضـًا: في عبد مأذون له / في التجارة، اشترىٰ من آخر سلعة [١٠٥-ب] بدراهم معلومة، على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم أن البائع أبرأه من الثمن، القياس: أن لا يصح إبراؤه؛ لأنه لا يملك الثمن، وفي الاستحسان: صح إبراؤه؛ لأنه [وجد] بعد وجود سبب الملك: وهو العقد، فإذا صَحّ إبراؤه، ففي قول أبي حنيفة خياره على حاله: إن شاء اختار السلعة، وتكون له بغير ثمن، وإن شاء فسخ وعاد إلى البائع بغير ثمن، وعندهما: بطل خياره، ولا يملك الفسخ والرد؛ لأن مِن مذهبهما: أن المبيع دخل في ملك العبد، وفي الفسخ [والرد] تمليك منه للبائع بغير بدل، وهو ليس من

(١) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ٦٣.

أهل ذلك، وعند أبي حنيفة: لم يملك، فيكون في الفسخ والرد امتناع عن التمليك.

ولو كان العقد [باتًا] فبرئ العبد المأذون عن الثمن بإبراء البائع، فليس له أن يرد السلعة بخيار الرؤية ولا بخيار العيب بالإجماع؛ لأن فيه تمليكـًا بغير بدل، وهو ليس من أهله.

ولو كان المشتري حُرّاً والسلعة بحالها، له أن يرد السلعة بخيار الشرط، وإن برئ من الثمن بالإجماع، أما على قول أبي حنيفة: فلا يُشْكِل؛ لأن من مذهبه أنه يصح في العبد ففي الحر أولىٰ، وعندهما: في العبد لا يصح؛ لأنه ليس من أهله؛ والحر من أهله، لأنه يَصِحّ تمليكه ببدل وغير بدل، وله أن يرد بخيار الرؤية، [أيضًا] قبل القبض وبعده وإن برئ من الثمن؛ لأنه من أهل أن يملك بغير بدل.

ولو وجد به عيبـًا فأراد أن يرده بعدما برئ من الثمن، فإنه ينظر: إن كان قبل القبض فله الرد، وإن كان بعد القبض فليس له الرد؛ لأن العيب قبل القبض لا حصة له من الثمن، فكان النقص لعدم رضاه، وبعد القبض له حصة من الثمن، فكان الرد لأجل العيب؛ لأن البائع [حبس] نقصان العيب عنده، وإنما يظهر ذلك عند تسليم الثمن ولا يظهر قبله، ألا ترىٰ أنه لو اشترىٰ عبداً بألف درهم يساوي ألفـًا، فوجد به قبل القبض عيبـًا [يسيرًا] ينقص من قيمته عشرة دراهم، فصالحه من العيب على ثوب يساوي مائتي درهم فقبضها، فإن الثمن ينقسم بينهما على قيمتها أسداسـًا، فإن وجد بالعبد عيبـًا رَدَّه بخمسة أسداس الثمن، وإن وجد بالثوب عيبـًا رَدَّه بسدس من الثمن، ولا تكون حصة العيب بدلاً للثوب؛ لأن العيب لا حصة له قبل القبض، فكأنه اشترىٰ ثوبين بألف درهم.

وإن وجد بالعبد عيبـًا بعد القبض ينقص من قيمته عشرة دراهم، فصالحه على ثوب يساوي مائتي درهم، ثم وجد بالعبد عيبـًا فرده يسترد منه جميع الثمن إلا عشرة دراهم، فتكون حصة العيب بدلاً للثوب؛ لأن العيب حصة بعد القبض،

[ولو وجد بالثوب عيبًا فرده بعشرة، قام في مقابلة العشرة][١].

[إسلام أحدهما أو كليهما قبل القبض أو بعده]

ويظهر الاختلاف أيضـاً في ذِمِّيٍّ اشترىٰ من ذِمِّيٍّ خمراً أو خنزيراً، فإن الشراء لا يخلو: إما أن يكون باتـاً، أو بشرط الخيار للبائع أو للمشتري، ولا يخلو: إما أن يكون أسلما، أو أسلم أحدهما قبل القبض [الحرام] أو بعده.

أما إذا أسلما، أو أسلم أحدهما قبل قبض الخمر أو الخنزير، بطل البيع في الأحوال كلها، سواء كان العقد بَاتّـاً أو بشرط الخيار لهما، أو لأحدهما؛ لأنهما أسلما، والحرام غير مقبوض، والإسلام يلاقي الحرمة القائمة بالرد والغائبة بالعفو.

ولو أسلما أو أسلم أحدهما بعد القبض، فإنه ينظر: إن كان العقد باتـاً لا خيار فيه، جاز العقد، ولا يبطل؛ لأنهما أسلما والحرام مقبوض.

ولو كان البيع بشرط الخيار للبائع فأسلم البائع، بطل البيع لما ذكرنا أن البيع لم يخرج عن ملكه، والإسلام منع إخراجه عن ملكه بالعقد.

ولو أسلم المشتري فلا يبطل العقد، وخيار البائع على حاله؛ لأن العقد من جانب المشتري باتّ، فإن اختار البائع الفسخ عادت الخمر إليه، وإن اختار الإجازة صار الخمر للمشتري حكمـاً، والمسلم من أهل أن / يتملك الخمر حكمـاً، كما يتملكه بالميراث. [١٠٦-أ]

وإن كان الخيار للمشتري فأسلم المشتري، بطل العقد في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: تمّ العقد ولا يبطل؛ لأن من مذهب أبي حنيفة: أن المشتري لم يتملكه، والإسلام يمنعه عن تمليك الخمر بالعقد، وعندهما: يملكه، والإسلام يمنعه من إخراجه عن ملكه.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

وإن أسلم البائع لا يبطل بالإجماع، وخيار المشتري على حاله؛ لأن العقد من جانب البائع بات، فإن اختاره المشتري جاز، وإن فسخ البيع صار الخمر للبائع حكمـًا، فلو شرط الخيار لهما جميعـًا، فإن المبيع لا يخرج عن ملك البائع، والثمن أيضـًا لا يزول عن ملك المشتري، وتصرف البائع في المبيع جائز، ويكون [فسخًا] للبيع، وتصرف المشتري في الثمن جائز، ويكون فسخـًا للبيع إن كان الثمن عينـًا، وتصرف كل واحد منهما فيما اشترىٰ باطل؛ لأنه اشتراه ولبائعه فيه الخيار، وأيهما هلك قبل التسليم في [يد] بائعه، بطل البيع بينهما.

هَلاَكُ المَبِيْعِ بَعْدَ الْقَبْضِ

وإذا هلك بعد القبض بطل البيع أيضـًا، ولزم القابض قيمته، وأيهما فسخ البيع بحضرة صاحبه انفسخ [العقد، وإن لم يكن بحضرته، لا يفسخ] عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: بحضرته وبغير حضرته انفسخ البيع بينهما، وإجازة الآخر باطلة بعد ذلك، وأيهما أجاز البيع بطل خياره، وصار العقد باتـًا من جانبه، وخيار الآخر على حاله: إن شاء أجاز، وإن شاء فسخ.

ولو مضت مدة الخيار قبل وجود الفسخ من واحد منهما، بطل خيارهما، ونفذ العقد من الجانبين جميعـًا.

ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر، انفسخ العقد بينهما، تقدم الفسخ أو تأخر أو كانا معـًا؛ لأن أحدهما يملك التفرد بالفسخ، وأحدهما لا يملك التفرد بالإجازة، فإن كان الفسخ أولاً فقد صَحّ الفسخ، وإجازة الآخر باطلة؛ لأن المفسوخ لا تَرِد عليه الإجازة، ولو كانت الإجازة أولاً فخيار الآخر على حاله، فلما فسخه [فقد انفسخ]، فلذلك نقول: الفسخ أولىٰ تقدم أو تأخر[1].

(١) انظر: الهداية ٣/ ٩٥٢.

[الاخْتِلَافُ فِيْ الإِجَازَةِ والْفَسْخِ]

وإن اختلفا في الإجازة والفسخ فلا يخلو: إما أن يكون اختلافهما في مدة الخيار، أو يكون اختلافهما بعد مضي مدة الخيار.

فأما إذا اختلفا في مدة الخيار نحو أن يقول أحدهما: فسخنا البيع، والآخر يقول: بل أجزنا جميعاً البيع، فالقول: قول من ادعىٰ الفسخ؛ لأن الفسخ [مما] يملكه أحدهما على الانفراد، والإجازة لا يملكها أحدهما على الانفراد.

ولو أقاما جميعاً البينة على دعواهما، فالبينة بينه من يدعي الإجازة منهما؛ لأنه مدعي، ولو اختلفا بعد مضي مدة الخيار، فقال أحدهما: مضت المدة بعد الفسخ، والآخر يقول: [مضت المدة] بعد الإجازة، فالقول: قول من يدعي الإجازة؛ لأن سبب الإجازة قد ظهر وهو مُضِيُّ المدة، ولو أقاما جميعاً البينة، فبينة مدعي الفسخ أولىٰ، ولو كان بشرط الخيار لأحدهما، فاختلفا في الفسخ والإجازة في مدة الخيار: فالقول: قول من له الخيار ادعىٰ الفسخ أو الإجازة؛ لأنه يملك الأمرين جميعاً، والبينة بينة الآخر لأنه مُدَّعِي.

ولو كان اختلافهما بعد مضي مدة الخيار فالقول: قول من يدعي الإجازة أيهما كان؛ لأن سببه قد ظهر وهو مضي المدة، هذا كله إذا لم يكن لهما تاريخ، ولو أُرِّخت البينتان، تقبل بينة أسبقهما تاريخاً أياً ما كان على الفسخ، أو على الإجازة.

ولو اشترط أحد العاقدين الخيار لغيره، فالبيع بهذا الشرط جائز عند علمائنا الثلاثة، وقال زفر: لا يجوز البيع بهذا الشرط، فإذا أجاز البيع بهذا الشرط فالمشارط والمشترط له، أيهما فسخ البيع بحضرة العقاد الآخر انفسخ العقد بينهما، وأيهما أجاز البيع جاز، فإن أجاز أحدهما وفسخ الآخر، فإنه ينظر: إن كان على التعاقب فأولهما أولىٰ، فسخاً كان أو إجازة، وإن كانا معاً فالفسخ أولىٰ من الإجازة؛ لأن المفسوخ لا تَرِد عليه الإجازة بحال، والإجازة مما ترد عليها الفسخ، فصار الفسخ

أسرع نفوذاً/ من الإجازة. [١٠٦-ب]

وقد يكون بيعـاً في معنىٰ شرط الخيار للمشتري وللبائع: وهو أن يشتري شيئاً بثمن معلوم، على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام، فلا بيع بينهما، فهذا البيع بهذا الشرط جائز عند علمائنا الثلاثة، وقال زفر: لا يجوز، فلما جاز البيع بهذا الشرط عندنا، ينظر: إن نقد الثمن في الأيام الثلاثة تَمّ البيع بينهما، وإن لم ينقد الثمن انفسخ البيع بينهما، وإن لم يوجد ما يمنع الفسخ من زيادة أو نقصان كما ذكرنا فيما إذا كان الخيار للمشتري، ولو اشتراه على أنه إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام فلا بيع بينهما، فهذا البيع فاسد في قول أبي حنيفة؛ لأنه بمنزلة البيع بشرط الخيار، والبيع بشرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام فاسد عنده.

ولو نقد المشتري الثمن قبل مضي ثلاثة أيام جاز البيع، فإذا مضت ثلاثة أيام قبل النقد تأكد الفساد ولا ينقلب إلى الجواز، وعند محمد: يجوز هذا البيع؛ لأن البيع بشرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام جائز عنده، ولم يذكر قول أبي يوسف في المبسوط، وقيل: إن هذا البيع فاسد في قوله كما قال زفر؛ لأن القياس: أن لا يجوز البيع بهذا الشرط؛ لأنه بيع بشرط الفسخ، غير إنا إنما أجزناه إلى ثلاثة أيام، لما بلغنا[١] عن ابن عمر أنه أجاز ذلك، [ولا أثر] فيما وراء الثلاث، فرد إلى القياس، وروي عن أبي يوسف: أنه رجع عن هذا القول وقال: يجوز البيع كما قال محمد.

وإن نقد الثمن في الأربعة أيام تَمّ البيع [وإن لم ينقد الثمن، انفسخ البيع كما] ذكرنا، ولو كان هذا البيع بهذا الشرط للبائع، كما إذا اشترىٰ شيئاً على أن البائع إن رَدّ الثمن إلى المشتري إلىٰ ثلاثة أيام فلا بيع بينهما، فهو على هذا الاختلاف، وهو بمنزلة شرط الخيار للبائع[٢].

---

(١) في م: (وقال محمد: قال: حدثنا عبد الله بن المبارك، عن جرير، عن سليمان، مولىٰ أبي الرسا، قال: بعت جارية).
(٢) انظر: الهداية ٣/ ٩٥٠، ٩٥٣.

[الْخِيَارُ فِيمَا إِذَا اشْتَرَىٰ ثِيَابًا مَجْهُوْلاً]

وإذا اشترىٰ ثوباً من ثوبين، أو ثوباً من ثلاثة أثواب وبَيَّنَ ثمن كل واحد منهما على حدة، وثمن الكل متفق أو مختلف على أن يأخذ المشتري أي ثوب شاء، وهو فيه بالخيار ثلاثة أيام: فالبيع جائز استحساناً، والقياس: أن لا يجوز البيع؛ لأن المبيع مجهول كما إذا اشترىٰ ثوباً واحداً من أربعة أثواب، وفي الاستحسان: يجوز لتعامل الناس؛ لأن الناس يحتاجون إليه ولا يمكن لكل أحد الخروج إلى السوق ليشتري ما يحتاج إليه من النساء في البيوت، [والأمراء والدهاقين[1]] يأمرون الناس، فيشتري المأمور واحداً من اثنين، أو واحداً من ثلاثة، على أن يحمل إلى الآمر فيختار أي ذلك شاء، فجاز ذلك استحساناً لتعامل الناس.

وفي أكثر من ثلاثة [لا] تعامل فيه، فرد إلى القياس، ولأن للثلاثة تأثيراً في الأحكام في خيار الشرط، فإذا جاز البيع بهذا الشرط في اثنين أو ثلاثة، فالمشتري بالخيار، له أن يختار أي الثوبين شاء، ولزمه ثمنه وتعين الآخر للأمانة، وله أن يردهما جميعاً ولا يرضىٰ بهما، وليس له أن يأخذهما جميعاً؛ لأن [المبيع أحدهما] لا كلاهما.

[المُشْتَرِي له خيار التمييز وخيار الشرط]

ثم هاهنا للمشتري خياران: أحدهما: خيار تمييز المبيع من الأمانة، والثاني: خيار الشرط، إلا أن خيار الشرط منهما مؤقت إلى ثلاثة أيام عند أبي حنيفة، وعندهما: غير مؤقت بالثلاثة، وخيار التمييز غير مؤقت. هكذا ذكر محمد هذه المسألة في الجامع الصغير: على أن يأخذ المشتري أيهما شاء، وهو فيه بالخيار ثلاثة أيام. وذكر هذه المسألة في غيرها من الروايات ولم يذكر فيها شرط الخيار،

---

(١) «الدِهْقان عند العرب: الكبير من كفار العجم، وقد غلب على أهل الرساتيق منهم، ثم قيل لكل من له عَقار كبير: دِهقان». المغرب (دهق).

وقال: على أن يأخذ أيهما شاء بألف، واختلف فيه المشايخ: قال بعضهم: لا يجوز ما لم يذكر الخيارين: خيار التمييز، وخيار الشرط؛ لأنه إذا لم يذكر خيار الشرط إلى ثلاثة أيام فتكون مدة الخيار مجهولة، ومن اشترىٰ بشرط الخيار غير مؤقت لا يجوز البيع، وقال بعضهم: يجوز هذا البيع وإن لم يذكر فيه خيار الشرط، فيذكر فيه خيار الشرط تبعاً وضمناً لخيار التمييز، وله أن يأخذ أيهما شاء، وله أن يَرُدَّ؛ لأن الشيء قد يثبت تبعاً وضمناً/ ، وإن كان يبطل قصداً، ألا ترىٰ أن بيع الهواء [١٠٧-أ] بالانفراد لا يجوز، وإذا باع الأرض دخل الهواء تبعاً، وبيع الشِّرْب على الانفراد لا يجوز، وإذا باع الأرض بحقوقها دخل الشرب تبعاً، والأول أصح.

ولو هلك أحدهما قبل القبض، فلا يبطل البيع، والمشتري بالخيار: إن شاء أخذ الباقي بثمنه، وإن شاء ترك، وإن كان الباقي اثنان له أن يأخذ أيهما شاء، وإن شاء تركهما، ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع، وإن هلك أحدهما بعد القبض تعين الهالك للبيع، ولزمه ثمنه؛ لأنه عجز عن رَدِّهِ، وتعيّن الآخر للأمانة، ولو هلكا جميعاً في يد المشتري فإنه ينظر: إن كان الهالك على التعاقب لزمه ثمن الهالك الأول، وهلك الباقي في يده أمانة، ولو هلكا معاً، لزمه نصف ثمن كل واحد منهما؛ لأنه ليس أحدهما أولىٰ بالتعيين من الآخر، وإن هلك أحدهما قبل الآخر غير أنهما اختلفا فيه، فلا يظهر فائدة الاختلاف إذا كان الثمن [متفقًا، وإنما يظهر فائدة الاختلاف إذا كان الثمن][1] مختلفاً، نحو أن يكون ثمن أحدهما عشرة، وثمن الآخر عشرين، فقال البائع: هلك الذي ثمنه عشرون أولاً، وقال المشتري: هلك الذي ثمنه عشرة أولاً، كان أبو يوسف يقول: أولاً يتحالفان، فأيهما نكل قضي عليه بما ادَّعَاه صاحبه، وإن حلفا جميعاً، يجعل كأنهما هلكا معاً، ولزمه نصف ثمن كل واحد منهما، ثم رجع وقال: القول: قول المشتري مع يمينه، وهو قول محمد؛ لأن الثمن صار ديناً على المشتري.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

والأصل أن الاختلاف متىٰ وقع بين من له الدَّيْن، وبين من عليه الدين في قدر الدين، أو في صفته، أو في جنسه، فالقول: قول من عليه الدين مع يمينه، كذلك هاهنا، هذا إذا لم يكن بينهما بينة، ولو أقام أحدهما البينة على الانفراد، قبلت بينته وسقطت اليمين، وإن أقاما جميعاً البينة، فبينة البائع أولىٰ؛ لأنها تثبت الفصل[1].

[المُشْتَرِيْ بِالخِيَارِ إِذَا تَعَيَّبَ أَحَدُ المَبِيْعَيْنِ أَو كِلاَهُمَا]

ولو تعيب أحدهما في يد البائع قبل القبض، فالمتعيب منهما لا يتعين للبيع، والمشتري على خياره: إن شاء أخذ المعيب منهما بجميع ثمنه، وإن شاء أخذ الآخر، وإن شاء تركهما، ولو تعيبا جميعاً في يد البائع، والمشتري بالخيار أيضاً، ولو تعيب أحدهما بعد القبض، تعين المعيب للبيع، ولزمه ثمنه، وتعين الآخر للأمانة، ولو تعيبا جميعاً ينظر: إن تعيب أحدهما قبل الآخر، لزمه ثمن المتعيب الأول، ويرد الآخر، ولا يغرم لحدوث العيب شيئاً؛ [لأنه أمانة] ولو تعيبا معاً، فلا يتعين أحدهما للبيع، وله أن يأخذ أيهما شاء بثمنه، وبطل خيار الشرط، وليس له ردهما جميعاً، وأحدهما لازم له.

ولو ازداد عيب أحدهما، أو حدث معه عيب آخر، لزمه ذلك، ولو تصرف المشتري في أحدهما، جاز تصرفه، ويكون مختاراً له، ولزمه ثمنه، وتعين الآخر للأمانة، ولو تصرف البائع في أحدهما، فتصرفه فيه موقوف: إن تعين ذلك للبيع بطل تصرفه؛ لأنه حصل تصرفه في غير الملك، وإن تعين [ذلك] للأمانة، فقد تصرف البائع فيه، وكذلك هذا الحكم في الأشياء المتفاوتة: كالإبل، والبقر، والرقيق، وما أشبه ذلك من الحقاق والصنادل وغيرها[2].

---

(١) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ٥٤، ٥٥؛ البدائع ٧/ ٣٢٩٧.

(٢) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ٨٧؛ الهداية ٣/ ٩٦٥.

ولو اشترىٰ واحداً من [رأسين] أو ثلاثة، على أن العقد فيه باتّ، ولم يشرط شرط الخيار لأحدهما، فالبيع فاسد، ولا يملك المشتري واحداً منهما قبل القبض؛ لأن البيع الفاسد لا يوجب الملك بمجرد العقد ما لم يتصل به القبض بإذن البائع، ولو قبضهما بإذن البائع دخل أحدهما في ملك المشتري، فأيهما هلك لزمه قيمته، ولو هلكا جميعـًا لزمه / قيمة الهالك الأول. [١٠٧-ب]

فإن هلكا معـًا لزمه نصف قيمة كل واحد منهما، ولو تعيب أحدهما، فعليه أن يردهما مع نصف نقصان المعيب، ولو تعيب الآخر بعد ذلك، كذلك الجواب في نقصان الآخر؛ لأن أحدهما أمانة، والآخر مبيع مضمون بالقيمة، والمبيع منهما غير متعين، ولو تعيبا معـًا، فكذلك يردهما مع نصف نقصان كل واحد منهما[1].

[تَصَرُّفُ المُشْتَرِي أَوِ البَائِعِ فِيْ أَحَدِ المَبِيْعَيْنِ]

ولو تصرف المشتري في أحدهما يجوز تصرفه فيه، ولزمه قيمته، ولا يجوز تصرفه في الآخر بعد ذلك، ولو تصرف البائع في أحدهما، فتصرفه فيه موقوف: إن رَدّ ذلك عليه بعد تصرفه فيه، وإن لم يرد عليه وتصرف فيه المشتري، نفذ تصرف المشتري فيه، وبطل تصرف البائع فيه.

وكذلك إذا هلك في يد المشتري، في كل موضع يلزم المشتري بالثمن في المسألة الأولىٰ، يلزم المشتري القيمة في هذه المسألة، ولو كان الخيار للبائع والمسألة بحالها، فله أن يلزم المشتري أي ثوب شاء، وليس للمشتري [فيه] خيار الترك؛ لأن البيع في جانبه بات، وله أن يفسخ البيع؛ لأن له في المبيع منهما الخيار، وليس له أن [يلزمهما جميعًا]؛ لأن المبيع أحدهما لا كلاهما.

ولو هلك أحدهما قبل القبض أو بعده هلك أمانة، والبائع بالخيار: إن شاء

(١) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ٢٤.

ألزم الثاني، وإن شاء فسخ البيع فيه، وليس له أن يلزم الهالك.

وإن هلكا قبل القبض في يد البائع بطل البيع بينهما، ولو هلكا بعد القبض ينظر: إن هلك أحدهما قبل صاحبه يجب على المشتري ضمان قيمة الهالك الآخر؛ لأن الأول هلك أمانة وتعين الآخر للبيع، وقد هلك في يده وفيه الخيار للبائع، فلزمه قيمته، وإن هلكا معاً لزمه نصف قيمة كل واحد منهما(١).

[حصول العيب في المبيعين أو في أحدهما قبل القبض أو بعده]

ولو تَعَيَّبَ أحدهما أو تعيبا معاً قبل القبض أو بعده، فخيار البائع على حاله، وله أن يلزم [المشتري] أيهما شاء، فإن لزمه أحدهما ينظر: إن كان ما ألزمه غير متعيب لزمه، ولا خيار للمشتري في تركه، وإن كان ما ألزمه متعيباً ينظر: إن تعيب قبل القبض فالمشتري بالخيار؛ لأن المعقود عليه تغيّر قبل القبض، وتغير المعقود عليه قبل القبض يثبت للمشتري الخيار، وإن كان تعيب بعد القبض في يد المشتري فلا خيار له؛ لأنه تغير عنده، وإن شاء البائع فسخ البيع واستردَّهما، فإن كان تعيب عند البائع فلا شيء له.

وإن كان تعيبهما في يد المشتري، له أن يأخذ من المشتري نصف نقصان كل واحد منهما؛ لأن أحدهما مضمون عنده بالقيمة والآخر عنده أمانة، وهو غير متعين، وتصرف المشتري فيهما أو في أحدهما لا يجوز؛ لأن أحدهما ليس بمبيع والآخر مبيع لبائعه الخيار.

ولو تصرف البائع في أحدهما يجوز تصرفه وتعين الآخر للبيع، وله خيار الإلزام فيه والفسخ، ولو تصرف فيهما جميعاً يجوز تصرفه فيهما، ويكون فسخاً للبيع، وهذا كله إذا كان المبيع أحد الثوبين أو أحد الثلاثة(٢).

---

(١) انظر: البدائع ٧/ ٣٢٩٣.

(٢) انظر: خزانة الفقه ص ١٧٣؛ الهداية ٣/ ٩٦٧، ٩٦٨.

[خِيَارُ المُشْتَرِيْ أَوِ البَائِعِ فِيْ أَحَدِ الثَّوْبَيْنِ]

ولو اشترىٰ ثوبين، أو عبدين، أو دابتين، على أن المشتري بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام، أو البائع بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام، فهذه المسألة على أربعة أوجه: في ثلاثة أوجه: البيع فيهما فاسد، وفي وجه: البيع جائز فيهما جميعاً.

أما الأوجه الثلاثة التي لا يجوز البيع فيهما:

أحدها: أنه إذا لم يعين الذي فيه الخيار، ولم يبين ثمن كل واحد منهما على حدة، فلا يجوز البيع في هذا الوجه لمعنيين: أحدهما: لجهالة المبيع الذي العقد فيه بات من الذي فيه الخيار، والثاني: جهالة الثمن؛ لأنه يعرف بالحزر والظن.

والثاني: أنه إذا عين الذي فيه الخيار ولكن لم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن،/ فلا يجوز البيع في هذا الوجه؛ لجهالة الثمن [إذاً]. [١٠٨-أ]

والثالث: إذا بين حصة كل واحد منهما من الثمن، ولكن لم يعين الذي فيه الخيار من الآخر، فلا يجوز البيع في هذا الوجه؛ لجهالة المبيع.

والوجه الرابع: الذي يجوز البيع فيه: فهو أن يعين الذي فيه الخيار من الآخر، ويبيّن حصة كل واحد منهما من الثمن، جاز البيع فيهما جميعاً، ويكون البيع في أحدهما باتـاً وفي الآخر الخيار، ومن له الخيار إذا أجاز البيع فيه أو مات، أو مضت مدة الخيار من غير فسخ، تَمَّ البيع بينهما ولزم المشتري ثمنهما، ولا يقدر على أخذ أحدهما أو كليهما حتى ينقد ثمنهما.

ولو اشترىٰ ثوباً واحداً أو دابة واحدة بثمن معلوم، على أن لأحدهما بعينه الخيار في نصفه ونصف بات، فالبيع جائز؛ لأن النصف معلوم وثمنه أيضاً معلوم. [والله سبحانه وتعالىٰ أعلم][1].

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٧٤، ٧٥؛ شرح مختصر الطَّحاوي للجصاص ٣/ ٥ - ١٦؛ شرح الوقاية ٥/ ١٥، ١٦.

باب الربا[1] والصرف وغيرهما

قال الشيخ الإمام رضي الله تعالىٰ عنه: الصرف اسم لعقود ثلاثة: بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، وأحدهما بالآخر.

---

(١) «الرِّبا في اللغة: الزِّيادة والنَّماء، والعُلُو [وهو مقصور على الأشهر، ويثنىٰ (رِبَوان) بالواو على الأصل، وينسب إليه على لفظه، فيقال: رِبَوِيَ]، ويطلق في الشريعة: على زيادة مخصوصة. وإليها ينصرف المعنىٰ إذا أطلق لفظه.

«وعرَّفه الميداني: (فضل خال عن عوض بمعيار شرعي مشروط لأحد المتعاقدين في المعاوضة)».

وهو في المصطلح الفقهي نوعان:

(أحدهما): ربا الجاهلية، ويسمىٰ: ربا الدُّيون، وربا النسيئة، والربا الجليّ، وله صورتان:

الأولىٰ: أن يتقرر في ذمة شخص لآخر دين سواء أكان منشؤه قرضاً، أو بيعاً، أو غير ذلك ـ فإذا حلّ الأجل، طالبه رب الدين، فقال المديون: زدني في الأجل، أزدك في الدراهم، فَفَعَلَ.

والثانية: أن يقرض شخص آخر عشرة دراهم بأحد عشر، أو نحو ذلك إلى أجل.

(والنوع الثاني): ربا البيوع، ويسمىٰ: الربا الخفيّ، وهو ثابت التحريم بقوله صلىٰ الله عليه وسلم: «الذّهب بالذّهب، والفضّة بالفضّة، والبرّ بالبرّ، والشعير بالعشير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مِثلاً بمثل، سواءً بسواء، يداً بيدٍ، فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم إذا كانت يداً بيدٍ»، وهو قسمان: ربا فضل، وربا نَسَاء.

فإذا باع الشخصّ غيرَه درهماً بدرهمين، أو صاعاً من تمر بصاعين منه، مع تعجيل البدلين، فكان ذلك ربا فضل، وإذا باعه ديناراً بعشرة دراهم، أو صاعاً من تمر بصاع من شعير، مع تأخير أحد البدلين، كان ذلك ربا نساء. معجم المصطلحات الاقتصادية، ص١٧٦، ١٧٧؛ اللباب ص ٢٧٣.

[شرائط الصرف(١)]

فإذا اختص باسم الصرف اختص بشرائط ثلاثة:

أحدها: وجود التقابض من الجانبين قبل التفرق بالأبدان(٢)، سواء كان المعقود عليهما عينين مما يتعينان بالعقد: كُنْقرة الذهب، والفضة، أو تبرهما، أو مصوغهما، أو دَيْنين مما لا يتعينان بالعقد: كالدراهم المضروبة والدنانير المضروبة، أو أحدهما عين مما يتعين بالعقد، والآخر دين مالا يتعين بالعقد.

ثم وجود التقابض ليس بشرط في مجلس العقد لصحة الصرف، ولكن وجود التقابض قبل التفرق بالأبدان شرط، حتى أنهما لو تعاقدا ولم يتقابضا حتى مشيا ميلاً أو أكثر ولم يفارق أحدهما صاحبه ولا غاب عنه، ثم تقابضا وافترقا، جاز الصرف، وكذلك الحكم في تسليم رأس المال في باب السَّلَم(٣).

---

(١) الصَّرْف لغة: ردّ الشيء من حالة إلى حالة، أو إبداله بغيره.

وشرعـاً: مبادلة النقد بالنقد، بمعنىٰ بيع النقد بالنقد.

«وأصله من الصرف: النقل؛ لأن ما فضل صُرِف عن النقصان، وإنما سُمِّيَ بيع الأثمان صرفًا: إما لأن الغالب على عاقده طلب الفضل والزيادة، أو لاختصاص هذا العقد بنقل كلا البدلين من يد إلى يد في مجلس العقد»، كما في المغرب (صرف).

(٢) وعبارة الطحاوي: «ولا يجوز بيع الذهب بالذهب، إلا مثلًا بمثل، سواء بسواء، وزناً بوزن، يتقابضه متعاقدا الصرف فيه قبل أن يفترقا بأبدانهما، والفضة بالفضة كذلك أيضاً في جميع ما ذكرنا»، ص٧٥.

وقال الجصاص عن القبض: «أما إذا كان أحدهما دَيْناً، فإنما لم يجز أن يفترقا فيه عن غير قبض الدين، من قِبَل أنه لا يجوز النَّساء في الجنس الواحد، وافتراقهما عنه وهو دين، بمنزلة النَّساء، فيبطل العقد بالافتراق، كذلك سبيل كل ما لا يجوز شرط الأجل فيه، ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء فيما يدخل فيه الربا من هذه الأجناس». شرح المختصر ٣/ ٢٩.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص٧٥.

والثاني: أن يكون عقد الصرف [باتـًا لا خيار] فيه[١]، ولو أبطل صاحب الخيار خياره قبل التفرق، ثم تفرقا بعد ذلك عن قبض من الجانبين جمعيـًا انقلبت إلى الجواز، وتَمَّ عقد الصرف عند علمائنا الثلاثة، وقال زفر: لا يجوز.

وكذلك عقد السَّلَم وجب أن يكون باتـًا [لا خيار] فيه، (ولو أبطل صاحب الخيار خياره قبل التفرق)[٢] فهو على الاختلاف الذي ذكرنا، ويثبت في عقد الصرف خياران: خيار العيب، وخيار الرؤية، كما يثبت في غيره من العقود، إلاّ أن خيار الرد بالعيب يثبت في العين [والدين جميعًا، وخيار الرؤية يثبت في العين] خاصة؛ لأن خيار العيب والرؤية يثبت حكمـًا بغير شرط، ولا يمنع وقوع الملك، فثبوته في عقد الصرف لا يبطله، بخلاف خيار الشرط؛ لأنه يثبت بالشرط ويمنع وقوع الملك.

وكذلك لو استحق أحد بدلي الصرف بعد التفرق، فأجاز المستحق وهو قائم، أو ضمن الفاقد وهو هالك، جاز الصرف، وإن استرده أو ضمن القابض قيمته وهو هالك، بطل[٣] الصرف؛ لأنه نقض قبضه، وإن أجازه وهو قائم أو ضمن الناقد وهو هالك، سلم له القبض ولم ينقض، فجاز، [وافتراقهما عن خيار]، وخيار المستحق لا يبطل الصرف؛ لأنه خيار ثبت للمستحق حكمـًا لملكه بغير شرط، والخيار الحكمي لا يمنع صحة الصرف: كخيار الرؤية، والعيب، والشرط.

---

(١) «وذلك لأن الخيار المشروط في العقد، يمنع صحة القبض، كما يمنع صحة الملك، وشرط صحة الصرف: أن يفترقا عن قبض صحيح، فلما افترقا عن خيار، صارا كأنهما افترقا عن قبض.

ويدل عليه، حديث ابن عمر قال: كنت أبيع الإبل بالبقيع، فآخذ بالدراهم الدنانير، وبالدنانير الدراهم، فسألت رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، فقال: (لا بأس به، ما لم تفترقا وبينكما شيء) [أبو داود (٣٣٥٤)؛ والنسائي في الكبرىٰ (٦١٨١)؛ وأحمد في المسند ٢/ ١٣٩؛ والدارقطني ٣/ ٢٣]، وفي رواية: (وبينكما لَبْس)، وذلك يدل على بطلانه إذا افترقا مع خيار مشروط». شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٨، ٢٩.

(٢) العبارة في م (ولو عقدا بشرط الخيار لأيهما كان، فسد العقد) موضع القوسين.

(٣) في م هنا (سلم له).

الثالث: أن لا يكون بدل الصرف مؤجلاً ويكون حالاً، فإن أبطل صاحب الأجل الأجل قبل التفرق ونقد ما عليه، ثم افترقا عن قبض من الجانبين، انقلب العقد إلى الجواز عندنا، وعند زفر: لا يجوز.

وعقد الصرف بشرط الأجل في أحد البدلين أو بشرط الخيار، ينعقد على الفساد، وفَرَّقَ أبو حنيفة رضي الله تعالىٰ عنه بينما: إذا انعقد عقد الصرف على الصحة ثم بطل لفوات شرطه، وبينما إذا انعقد على الفساد، وقد تظهر فائدة الفرق بينهما في مسألة عند أبي / حنيفة: وهو أنه إذا كان لرجل جارية وفي عنقها طوق [١٠٨-ب] فضة وزن الطوق مائة، فباعها من رجل بألف درهم حَالَّةً، جاز البيع فيهما جميعاً، ويكون الطوق بمائة درهم من الألف صرفاً، والجارية بتسعمائة بيعاً، ولو افترقا عن غير قبض من الجانبين، بطل الصرف، وبيع الجارية بتسعمائة صحيح.

وبمثله لو باعها بألف درهم إلى أجل، فالصرف باطل بالإجماع، ويبطل بيع الجارية أيضاً عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يبطل البيع في الجارية بتسعمائة، فأبو حنيفة فَرَّق بين المسألتين: وقال في المسألة الأولىٰ: لا يبطل البيع في الجارية؛ لأن العقد فيهما جميعاً صحيح، غير [أن الصرف إنما بطل]؛ لفوات شرط من شرائطه، فلم يوجب ذلك إبطال البيع في الجارية، كما إذا اشترىٰ عبدين بألف درهم، فاستحق أحدهما.

وفي المسألة الثانية: إنما بطل بيع الجارية؛ لأن عقد الصرف انعقد على الفساد، فأوجب ذلك فساد بيع الجارية، كما إذا اشترىٰ عبدين فإذا أحدهما حر.

ويحتاج إلى شرط رابع في عقد الصرف إذا كان المعقود عليهما من جنس واحد: وهو التساوي في الوزن[١]، كما لو تبايعا ذهباً بذهب، أو فضة بفضة مجازفة، فلا يجوز البيع.

---

(١) ويدل على جميع الشروط: حديث عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه =

ولو علم تساويهما في الوزن فإنه ينظر: إن علم في المجلس ثم تفرقا عن قبض من الجانبين صَحّ الصرف، وإن علم بعد التفرق لا يصح عندنا؛ لأن العقد انعقد على الفساد لعدم الوزن، وتأكد الفساد بالافتراق، فلا يجوز بعد ذلك، وعند زفر: يجوز؛ لأنه تبين أن العقد انعقد على الصحة والجواز في الابتداء.

ولو ظهر أنهما غير متساويين في الوزن، فلا يجوز البيع؛ لأن الفضل ربا، وكذلك لو كان بين رجلين فضة أو ذهب فاقتسما بينهما مجازفة، لم يجز إلا إذا علم تساويهما في المجلس؛ لأن القسمة بمنزلة البيع، والبيع مجازفة لا يجوز، فكذلك القسمة.

ولو تبايعا فضة بذهب يجوز، وإن كان مجازفة، أو كانا متفاضلين في الوزن(١).

[شِرَاءُ الفِضَّةِ بِفَضَّةٍ مَعَ غَيْرِهَا]

ولو اشترىٰ بالفضة فضة مع غيرها، أو بالذهب ذهباً مع غيره، [كما] إذا اشترىٰ بالفضة سيفاً محلىٰ [بحلية] فضة، أو منطقة مفضضة، أو لجاماً مفضضاً، أو سَرجاً مفضضاً، أو سكيناً مفضضة، أو اشترىٰ جارية وفي عنقها طوق فضة مع طوقها فهذه [المسائل] على أربعة أوجه:

= وسلم: (الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مِثلاً بمثل، سواء بسواء، يداً بيدٍ، فإذا اخلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيدٍ)، [أبو داود (٣٣٤٩)؛ والترمذي (١٢٤٠؛ والنسائي (٤٥٦٠)؛ وابن ماجه (٢٢٥٤)].

وكذا ما روىٰ أبو سعيد الخدري، عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (لا تبيعوا الذهب بالذهب إلاّ مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الوَرِق بالوَرِق إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز) [أخرجه مسلم (١٥٨٤)]. انظر: الهداية ٣/ ١٠٠٢، ١٠٣٧.

(١) انظر: شرح المختصر ٣/ ٢٨، ٢٩.

ثلاثة منها: البيع فاسد، وفي وجه: البيع جائز: أما الثلاثة التي فسد البيع فيها:

إحداها: أن يكون وزن الفضة المنفردة مثل وزن الفضة التي مع غيرها؛ لأنها فضة بفضة والفضل ربا، سواء كان الفضل من جنسها أو من خلاف جنسها.

والثانية: أن يكون وزن الفضة المنفردة أقل من وزن الفضة التي معها غيرها، فلا يجوز.

والثالثة: إذا كان لا يدري وزنه أقل أو أكثر، فالبيع لا يجوز عندنا؛ لأن جهة الفساد غالبة، لأنه يفسد من وجهين؛ إذا كانا سواء، أو وزن المنفردة أقل، ويجوز من وجه: وهو أن يكون وزن المنفردة أكثر، فيحمل على الفساد، وعند زفر: يجوز؛ لأن البيع لا يفسد بالشك.

وأما الوجه الذي يجوز: وهو أن يكون وزن المنفردة أكثر، فتكون فضة بفضة والزيادة ربا خلافه، ثم قد اجتمع في هذا العقد صرف: وهو الفضة بالفضة، وبيع: وهو بيع الزيادة من الفضة بخلافها، فيراعىٰ في الصرف شرائط الصرف لجوازه وتمامه، وإن وجد التقابض قبل التفرق بالأبدان تَمَّ الصرف والبيع، وإن عدم التقابض أو وجد في أحد الجانبين دون الآخر بطل الصرف، ثم ينظر: إن كانت الفضة يمكن فصلها وتمييزها من غير ضرر كالجارية/ مع الطوق[1]، فالبيع جائز، [١٠٩-أ]
وفساد الصرف لا يوجب فساد البيع، وإن كانت الفضة لا يمكن فصلها وتمييزها إلا بضرر، بطل البيع أيضاً؛ لأنه لا يجوز بيع العين من الفضة بدون الفضة، فلما بطل في الصرف بطل في غيره، ألا ترىٰ أنه لو باع السيف دون الحلية لا يجوز، وكذلك لو باع الحلية دون السيف [لا يجوز]، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن هناك لو باع الجارية بدون الطوق جاز.

---

(١) وهذه المشهورة: (بيع الجارية مع الطوق): «كمن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضةٍ، وفي عنقها طوق فضة قيمته ألف مثقال، بألفي مثقال فضة، ونقد من الثمن ألف مثقال، =

[اشْتِرَاطُ الخِيَارِ، أَوْ إِدْخَالُ الأَجَلِ فِي العَقْدِ]

ولو شرطا في هذا العقد الخيار، أو أدخلا فيه الأجل، فالصرف باطل بالإجماع، ويبطل البيع أيضاً في قول أبي حنيفة، سواء كان مما يمكن تمييز الفضة من غير ضرر أو بضرر، وعندهما: إن كان لا يمكن تمييز الفضة إلا بضرر، فكما قال أبو حنيفة، إن كان يمكن تمييزها بغير ضرر كالجارية مع الطوق فالبيع جائز، والصرف باطل، فهما: سَوَّيَا بين هذه المسألة وبين المسألة الأولىٰ، وأبو حنيفة: فَرَّق بينهما، وقد ذكرناه.

[شِرَاءُ الذَّهَبِ بِذَهَبٍ مَعَ غَيْرِهَا]

وكذلك هذا الحكم فيما إذا اشترىٰ بذهب ذهباً مع غيره، كما إذا اشترىٰ بالذهب ثوباً منسوجاً بالذهب، أو اشترىٰ جارية مع حُلِيِّها وحليها ذهب: فهو على أربعة أوجه أيضاً على ما بينا في الفضة.

ثم في الموضع الذي يجوز البيع: فهو أن يكون وزن الفضة المنفردة أكثر إذا نقد من الفضة المنفردة، قدر وزن الفضة دون غيرها، وتفرقا عن قبض من الجانبين، فهذا على أربعة أوجه: إما أن يذكر أن المنفردة من ثمن الصرف خاصة، أو يذكر المنقود من ثمن غير الصرف، أو يذكر أنه من ثمنهما جميعاً، أو لا يذكر شيئاً من ذلك:

أما إذا ذكر أن المنقود من ثمن الصرف خاصة، جاز الصرف والبيع؛ لأنه صَرّح بالجواز، وكذلك إذا ذكر أنه من ثمنهما، فإنه يصرف إلى الصرف؛ لأن الشيء يضاف إلى اثنين ويراد به أحدهما، كقوله تعالىٰ: ﴿يَخْرُجُ مِنْهُمَا ٱللُّؤْلُؤُ وَٱلْمَرْجَانُ﴾ [الرحمن: ٢٢]، وإنما يخرج من أحدهما، وقال

= ثم افترقا، فالذي نقد ثمن الفضة؛ لأن قبض فضة الطوق، واجبٌ في المجلس؛ لكونه بدل الصرف، والظاهر منه الإتيان بالواجب»، الهداية ٣/ ١٠٣٨.

تعالىٰ: ﴿يَٰمَعۡشَرَ ٱلۡجِنِّ وَٱلۡإِنسِ أَلَمۡ يَأۡتِكُمۡ رُسُلٞ مِّنكُمۡ﴾ [الأنعام: ١٣٠]، وإنما يأتي الرسل من الإنس لا غير، وكذلك إذا لم يذكر شيئاً يصرف إلى الصرف خاصة؛ لأن الصرف هو المحتاج إلى القبض فيصرف القبض إليه.

ولو ذكر أن المنقود ثمن غير الصرف، فإنه ينظر: إن كان يمكن تمييز الفضة من غيرها بغير ضرر، فإن المنقود من ثمن غير الصرف يُبطل الصرف؛ لأنه قصد جواز البيع وصَرّح بفساد الصرف، ويجوز البيع من غير جواز الصرف، وإن كان لا يمكن تمييز الفضة من غيرها إلا بضرر، فإن المنقود يجعل من ثمن الصرف، ويجوز البيع والصرف جميعاً؛ لأنه قصد جواز البيع في غير الفضة، ولا يجوز البيع إلا بجواز الصرف؛ لأن بيع السيف دون الحلية لا يجوز(١).

[شِرَاءُ الذَّهَبِ مَعَ غَيْرِهِ بِالفِضَّةِ]

ولو اشترىٰ بالفضة ذهباً مع غيره، يجوز البيع في الوجوه كلها؛ لأن الجنس قد اختلف ولا يؤدي إلى الربا، غير أن الفضة أو الدراهم تقسم على قيمة الذهب وقيمة غيره، فإن كانت قيمتهما سواء ينقسم نصفين، نصفها بإزاء الذهب: وهو صرف يحتاج إلى شرائط الصرف، فإن افترقا عن غير قبض من الجانبين، بطل الصرف، ولا يبطل البيع إن كان يمكن تمييز الذهب من غيره بغير ضرر، فإن كان لا يمكن تمييزه بغير ضرر، بطل البيع أيضاً، وإن أدخل فيه الخيار والأجل، فالصرف باطل بالإجماع، وفي البيع اختلاف على ما ذكرنا، وإن وجد التقابض في قدر الصرف خاصة، جاز البيع والصرف جميعاً على ما ذكرنا من الأقسام.

[بَيْعُ فِضَّةٍ بِفِضَّةٍ وَوَزْنِ أَحَدِهِمَا أَكْثَر]

ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهباً بذهب، ووزن أحدهما أكثر، ووزن الآخر أقلّ،

(١) انظر المسألة: الهداية ٣/ ١٠٣٠.

ومع أقلهما وزناً شيء آخر خلافه، فالبيع جائز؛ لأنه يصير وزناً بوزن، والزيادة بإزاء خلافه، وإن كانت قيمة/ الخلاف تبلغ قيمة الزيادة أو أقل ما يتغاض الناس [١٠٩-ب] فيه، فإنه يجوز البيع من غير كراهية، وإن كانت قيمة الخلاف قليلة: كالجوزة، والكاغد، والفلس، وإنما [أدخلاه في العقد] ليجوز البيع، فإن البيع يجوز من طريق الحكم ولكنه يكره. هكذا روي عن محمد: أنه كره ذلك، قيل له: كيف تجده في قلبك؟ قال: أجده مثل الجبل.

وإن لم يكن للخلاف قيمة كَكَفٍّ من تراب أو نحوه، فإن البيع لا يجوز؛ لأن الزيادة لا تكون بإزائها بدل، فيكون ربا[١].

[شِرَاءُ تُرَابَ مَعْدَنِ الفِضَّةِ بِفِضَّةٍ، أو بِذَهَبٍ]

وإذا اشترىٰ تراب المعادن، فهذا لا يخلو: إما أن يكون تراب معدن الفضة، أو تراب معدن الذهب، اشتراه بجنسه، أو بخلاف جنسه.

أما إذا كان تراب معدن الفضة إن اشتراه بفضة أو بدراهم، لا يجوز البيع؛ لأن المعقود عليه من التراب ما فيه من الفضة دون التراب؛ لأن التراب لا قيمة له، فيكون فضة بفضة مجازفة، لا يدرىٰ تساويهما، فلا يجوز.

وإن اشتراه بذهب، جاز الشراء؛ لأن الجنس قد اختلف، فلا يؤدي إلى ربا، ولكنه يكون صرفاً فيراعىٰ فيه شرائط الصرف، ثم ينظر: إن لم يخلص من التراب شيء من الفضة تبين فساد البيع؛ لأنه اشتراه على أنه مال فإذا هو ليس بمال، فصار كمن اشترىٰ عبداً فإذا هو حُرٌّ، أو اشترىٰ شاةً مذبوحة فإذا هي ميتة، [ولو] خلص منه الفضة فالبيع جائز، والمشتري بالخيار؛ لأنه اشترىٰ شيئاً لم يره، فصار كمن اشترىٰ ثوباً في سَفَطٍ، أو سمكة في جُبٍّ، فإنه يجوز، وله الخيار إذا رآه.

(١) انظر: شرح المختصر ٣/ ١٩.

ولو اشتراه بثوب أو بعَرَضٍ من المعروض، فالشراء جائز، ولا يراعىٰ فيه [شرائط] الصرف، ثم ينظر: إن لم يخلص منه شيء من الفضة تبين فساد البيع، وإذا خلص، جاز البيع، وله الخيار إذا رآه.

[شراء تراب فضة بتراب فضة]

ولو اشترىٰ ذلك بتراب مثله لا يجوز البيع؛ لأن المعقود عليهما ما فيهما، فصار كأنهما [تبايعا] فضة بفضة مجازفة، ولو اشتراه بتراب معدن الذهب جاز، ويراعىٰ فيه شرائط الصرف، فإن لم يخلص منه شيء من الذهب والفضة تبين بطلان العقد، وكذلك إذا خلص من أحدهما ولم يخلص من الآخر، وإن خلص من كل واحد منهما، جاز البيع، ولهما خيار الرؤية.

ولو كان تراب معدن الفضة بين رجلين اقتسماه بينهما، لا يجوز؛ لأن القسمة كالبيع، ولا يُدْرَىٰ تساويهما ما لم يخلص، فإذا خلص واقتسماه بالوزن جاز.

ولو اشترىٰ قفيزاً من التراب بغير عينه بذهب، أو بعروض، أو اشترىٰ عَرَضاً بقفيز من التراب بغير عينه، لا يجوز [البيع]؛ لأنه متفاوت، لأنه يكون قفيزاً يخلص منه عُشْرُه، وقد يكون فقيراً يخلص منه عشرون، فكان المعقود عليه متفاوتاً مجهولاً، بخلاف ما إذا اشترىٰ قفيزاً من صُبْرة حنطة، حيث يجوز البيع؛ لأنه لا يتفاوت.

ولو اشترىٰ نِصْفَ حملة التراب أو رُبُعَهُ مشاعاً من الحملة بعَرَضٍ أو بذهب، جاز البيع إن خلص منه شيء، فيكون ما خلص مشتركاً بينهما، وله الخيار إذا رآه، وإن لم يخلص شيء، تبين فساد البيع[1].

(١) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ١٣٣.

[استقراض تراب المعدن أو الاستئجار بتراب المعدن]

ولو استقرض تراب المعدن يجوز، وعلى المستقرض ضمان ما خلص منه؛ لأنه صار مضموناً عليه بالقبض، والقول: قول القابض في قدر ما قبض.

ولو استأجر أجيراً بتراب المعدن بعينه، جازت الإجارة إن خلص منه شيء، وله الخيار: إن شاء رضي به ولا شيء له غيره، وإن شاء رَدَّه ورجع على المستأجر بأجر مثله بالغاً ما بلغ، ولو استأجره بقفيز من تراب بغير عينه، لا تجوز الإجارة؛ لأن بيعه لا يجوز.

ولو استأجره بنصف هذا التراب أو بثُلُثه مُشَاعاً في الجملة، يجوز، وإن خلص منه شيء، يكون بينهما وله الخيار، وإن لم يخلص، لا يجوز، وله أجر مثله.

والأصل: أن كلما لا يصلح أن/ يكون ثمناً في البياعات، لا يصلح أن يكون [١١٠-أ]
أجرة في الإجارات، وكلما صلح أن يكون ثمناً في البياعات، صلح أن يكون أجرة في الإجارات.

ولو كان التراب تراب معدن الذهب، فيكون حكمه في الوجوه كلها على ما بينا في تراب معدن الفضة سواء.

ولو اشترىٰ تراب الصَّوَّاغين إن كان فيه فضة خالصة، يكون حكمه كتراب معدن الفضة، وإن كان فيه ذهب خالص، يكون حكمه كتراب معدن الذهب، وإن كان فيه فضة وذهب اشتراهما بذهب، لا يجوز؛ لجواز أن يكون ما فيه من الذهب أكثر مما اشترىٰ به، وإن اشتراه بفضة لا يجوز؛ لجواز أن يكون ما فيه من الفضة أكثر أو مثله، ولو اشتراه بذهب وفضة، جاز، ويراعىٰ فيه شرائط الصرف؛ لأنه اشترىٰ ذهباً وفضة بفضة وذهب، فيجوز، ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس تحرياً للجواز، ولو اشتراه بعَرَض يجوز، ولا يراعىٰ فيه شرائط الصرف، هذا كله إذا خلص منه شيء، وإن لم يخلص، تبين فساد البيع.

[أنواع الدراهم المضروبة]

الدراهم[1] المضروبة على ثلاثة أنواع:

أحدها: أن يكون ثُلُثاها صُفْراً وثُلُثها فضة، أو ثلاثة أرباعها صُفْر وربعها فضة، أو خمسة أسداسها صُفْر وسدسها فضة.

لو كان الصُّفْر هو الغالب، ونوع منها أن يكون ثلثاها فضة وثلثها صفر، أو ثلاثة أرباعها فضة وربعها صفر، أو كانت الفضة هي الغالبة ونوع منها أن يكون الصفر مع الفضة سواء النصف من هذا والنصف من هذا.

أما النوع الأول من الدراهم: يجعل كشيئين مختلفين صفر وفضة، ولا يكون أحدهما مغلوباً بصاحبه، ويعتبر كل واحد منهما على حدة، فإن اشترىٰ بهذا النوع من الدراهم فضة خالصة، أو ما له حكم الفضة الخالصة، فإن ذلك على أربعة أوجه: في ثلاثة منها، البيع فاسد، وفي وجه منها، البيع جائز.

أما الثلاثة التي لا يجوز البيع فيها: فهو أن يكون وزن الفضة الخالصة أقل من وزن الفضة التي في الدراهم؛ لأن الفضة بالفضة وزيادة الفضة في أحدهما مع زيادة الصفر ربا.

والثاني: أن يكون وزن الفضة المنفردة مثل الفضة التي في الدراهم؛ لأن الصفر قد بقي ربا.

والثالث: إذا كان لا يُدْرَىٰ وزنهما، فلا يجوز البيع عند علمائنا الثلاثة، وعند زفر: يجوز.

وأما الوجه الذي يجوز البيع: فهو أن يكون وزن الفضة الخالصة أكثر من

---

(١) «الدرهم: قطعة نقدية من الفضة، وزنها ٦ دوانق = ٤٨ حبة = ٢,٩٧٩ غراماً». معجم الفقهاء (الدرهم).

وزن الفضة التي في الدراهم، فيجوز البيع ويكون فضة بفضة والزيادة في الفضة الخالصة بإزاء الصفر، ويراعىٰ فيه شرائط الصرف، حتى أنه لو أَخَلَّ بشرط من شرائطه، بطل الصرف، وبطل البيع في الصفر أيضـاً؛ لأن في تمييزه ضرراً كالسيف المُحَلَّىٰ.

ولو اشترىٰ بهذا النوع من الدراهم ذهبـاً، يجوز كيفما كان؛ لأن الجنس قد اختلف، فلا يؤدي إلى الربا، ويراعىٰ فيه شرائط الصرف، ولو أخلَّ بشرط من شرائطه بطل الصرف، وفسد البيع في الصفر أيضـاً؛ لأن في تمييزه ضررًا.

[بيعُ جِنْسَيْنِ بِجِنْسَيْن]

ولو تبايعا بهذا النوع من الدراهم بعضها ببعض، يجوز كيفما كان متفاضلاً أو متساويـاً؛ لأنه باع جنسين بجنسين فلا يؤدي إلى الربا، والتقابض فيهما جميعـاً بشرطه؛ لأنه يصرف كل جنس إلى خلاف جنسه، فإذا اشترط القبض في قدر الفضة يشترط في الصفر؛ لأن في تمييزه ضرراً، وهل تجوز المبايعة والاستقراض عددًا أم لا؟

ينظر في ذلك: إن كان يروج في معاملات الناس وزنـًا وعدداً، [فإنه يجوز وزنًا وعددًا]، وإن كان بعضها أفضل من بعض، وإن كان يروج وزنـًا ولا يروج عدداً، فإنه لا يجوز عدداً.

[شِراء العُرُوْضِ بالدَّرَاهِمِ]

ولو اشترىٰ به عروضـاً أو ثوبـاً وأشار إليه، وأضاف العقد إليه، فإن البيع جائز، ولا يتعلق / العقد به إذا كان يروج فيما بين الناس؛ لأن الدراهم والدنانير الرائجة [١١٠-ب]
فيما بين الناس لا يتعينان في عقود المبادلات، وإن عينت، حتى أنه إذا هلك قبل التسليم، لا يبطل العقد بينهما، ويجب عليه أن ينقد مثله، وإن كان هذا النوع من

الدراهم لا يروج فيما بين الناس، فيكون حكمه حكم السَّتُوق[١] والرصاص، والفلوس الكاسدة، يتعين العقد إذا أشار إليه، وبهلاكه قبل التسليم يبطل العقد.

هذا إذا كانا يعلمان بحال الدراهم، ويعلم كل واحد منهما أن صاحبه يعلم، وإن كانا لا يعلمان، [أو يعلم أحدهما ولم يعلم الآخر]، أو لا يعلم كل واحد منهما أن صاحبه يعلم، فإن البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في تلك البلدة التي عليها معاملات الناس، ولا يتعلق بالمشار إليه، وإن كان مما يقبله البعض ولا يقبله البعض، فيكون حكمه حكم الزيوف والبهرجة[٢]، فيجوز البيع ولا يتعلق العقد بعينه، ولكن يتعلق بجنس تلك الدراهم الزيوف، إذا كان البائع يعلم بحالة خاصة؛ لأنه رضي بجنس الزيوف، وإن كان البائع لا يعلم، لا يتعلق البيع بجنس المشار إليه، ولكنه يتعلق بالجيد من نقد البلد.

وكذلك الفضة المغشوشة حكمها على ما ذكرنا، إذا كان غِشُّها غالباً على الفضة، أو لا يكون أحدهما مغلوباً بصاحبه، ويعتبر كل واحد منهما على حِدَةٍ، إلاّ أنه يتعين للعقد.

[الاِعْتِبَارُ بِالفِضَّةِ]

ومحمد بن الحسن: اعتبر الفضة اعتباراً وإن قلّت، في رواية الجامع الكبير، ولم يجعلها مغلوبةً بالصفر؛ لكثرة الصفر ولقلة الفضة، وحكي عن علماء الصيّارفة وغيرهم: أن الصفر والفضة إذا خلطا، لم تتميز الفضة من الصفر حتى يحرق الصفر فيذهب وتبقىٰ الفضة، فكان الصفر أسرعهما ذهاباً، فإذا كان هكذا لا تصير الفضة مغلوبة بالصفر وإن قلّت، ويكون الصفر مغلوباً بالفضة إذا قلّ

---

(١) «السَّتُوق -بالفتح-: أردأ من البهرج، وعن الكرخي: السَّتُوق عندهم: ما كان الصُّفْر أو النحاس هو الغالب الأكثر». المغرب (ستق).

(٢) «البَهْرَجُ: الدرهم الذي فضته رديَّة، وقيل: الذي الغلبة فيه للفضة». المغرب (بهرج).

على ما نُبيِّنُهُ في الفصل الثاني، وكذلك حكم الذهب إذا اختلط بغيره، فهو على هذه الأقسام.

وأما إذا كان مُمَوَّهاً بماء الذهب والفضة، فإن التمويه[1] ليس بشيء، ولا يعتبر ذلك، ولا يراعىٰ فيه شرائط الصرف؛ لأنه لا يخلص، وهو بمنزلة اللون.

وأما النوع الثاني من الدراهم: تجعل في الحكم كفضة خالصة، ويكون الصفر مغلوباً بالفضة، فلو اشترىٰ بهذا النوع من الدراهم فضة خالصة لا يجوز إلا سواء [بسواء] وزناً بوزن، وكذلك لو تبايعا هذا النوع من الدراهم بعضها ببعض، لا يجوز إلا سواء بسواء، أو وزناً بوزن، والمبايعة والاستقراض لا تجوز إلا وزناً.

وكذلك إذا اشترىٰ به ثوباً أو عَرَضاً بعينه، وأضاف العقد إليه، فإن العقد جائز وإن لم يبين وزنه؛ [لأنه] يصير مغلوباً بالإشارة إليه، ولكن لا يتعين للعقد، وكذلك حكم الفضة المغشوشة إذا كان غشها قدر ثلثها أو أقل، فيكون كفضة خالصة.

[الحُكْمُ عَلَى الغَلَبَة]

وأما النوع الثالث: فهو أن يكون نصفها فضة ونصفها صفراً، فهذا النوع من الدراهم لم يقطع[2] محمد رحمه الله القول فيه، وقال: إن كانت الفضة هي الغالبة، فيكون حكمه حكم النوع الذي ثلثاه فضة وثلثه صفر، وإن كان مما يغلب الصفر، فيكون كحكم النوع الأول في أحكامه على ما ذكرنا.

قال: **(والربا يدخل في كل مكيل و[في كل] موزون مأكولاً كان أو غير مأكول)**[3].

---

(١) التمويه: هو التلبيس، «من موّه الشيء تمويهاً: طلاء بفضة أو ذهب، وتحت ذلك نحاس، أو حديد»، ومنه التمويه. مختار الصحاح (موه).

(٢) في م (يوسع).

(٣) مختصر الطحاوي ص٧٥.

الأصل في باب الربا: الخبر المروي في أول كتاب البيوع: عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «**الحنطة بالحنطة مِثلاً بمثل يَداً بيد والفضل ربا، والشعير بالعشير مثلاً بمثل يَداً بيدٍ والفضل ربا، والتمر بالتمر / مثلاً بمثل يداً بيد والفضل ربا، والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد والفضل ربا، والذهب بالذهب مثلاً بمثل يداً بيد والفضل ربا**»[1]. [١١١-أ]

[عِلَّةُ الرِّبَا]

والمروي في أول كتاب الصرف: «**الحنطة بالحنطة كيلاً بكيل**» أجمع القائسون: أن هذا الخبر معلول، واختلفوا في علته: قال أصحابنا: هي الكيل مع الجنس في المكيلات، والوزن مع الجنس في الموزونات[2]، فإذا اجتمعا حرما شيئين: التفاضل، والنَّسَأ، وإن [عدما] حَلَّ: التفاضل، والنسأ، وإن وجد أحدهما: إما الكيل، وإما الوزن: حلّ التفاضل، وحرم النّسَأ، وقال الشافعي: علة الربا هي

---

(١) أخرجه البخاري (٢٠٦٨)؛ ومسلم (١٥٨٤) وغيرهما من أصحاب السنن.

(٢) وبعض ما يدل على صحة اعتبار الحنفية من جهة العموم: حديث: أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم قال حينما قدِم عليه بتمر من خيبر: (أكُلُّ تمر خيبر هكذا؟)، قال: لا والله يا رسول الله، إنا لنشتري الصاع بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (لا تفعلوا، ولكن مِثلاً بمثلٍ، أو بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا، وكذا الميزان) [البخاري (٢٢٠١، ٢٢٠٢)].

«فقوله صلىٰ الله عليه وسلم: (وكذا الميزان)، عموم في تحريم التفاضل في سائر الموزونات ...، وإذا ثبت ذلك في الموزونات، كان المكيل مثلها؛ لأن أحداً لم يفرق بينهما».

ويدل على أن اعتبار الكيل والوزن أولىٰ من غيرهما: قوله عليه الصلاة والسلام: (الذهب بالذهب وزناً بوزن، مثلاً بمثل، والبر بالبر مثلاً بمثل، كيلاً بكيل) [سبق تخريجه].

«فأوجب استيفاء المماثلة في الموزون من جهة الوزن، وفي المكيل من جهة الكيل، فدل على كونهما عَلَمًا لتحريم التفاضل أولىٰ من غيرهما». شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٢، ٢٣.

الأكل، وغيّر أصحابه عبارته قالوا: الطُّعْم؛ لأن لفظة الطعم أعم من لفظة الأكل؛ لأنه يتناول المأكول والمشروب جميعاً[١]، وقال مالك: العلة هي الاقتيات والادخار، فكل ما كان مقتاتاً مدخراً جرىٰ فيه الربا، وإلا فلا[٢].

وقال داود بن عَلِيّ ومن تابعه من أصحاب الظواهر: بأن الخبر غير معلول، ولا يجري الربا إلا في هذه الأشياء الستة المذكورة في الخبر[٣].

وإنما يظهر الاختلاف بيننا وبين الشافعي: فيمن باع قفيز حمص بقفيزي حمص، لا يجوز عندنا؛ لوجود الكيل والجنس، وعنده يجوز؛ لعدم الطعم.

[التَّفَاضُلُ فيما لا يُكَالُ]

ولو باع بطيخة ببطيختين، أو تفاحة بتفاحتين، أو بيضة ببيضتين، أو جوزة بجوزتين، أو حَفْنَة[٤] من الحنطة بحفنتين، يجوز عندنا؛ لعدم الكيل، وعنده: لا يجوز؛ لوجود الطُّعْم، وكذلك إذا باع حنطة أو تفاحة بتفاحتين يجوز عندنا، وعنده لا يجوز[٥].

[عِلَّةُ الذَّهَبِ والفِضَّةِ]

أما الذهب والفضة عندنا معلولان بعلة الوزن، وعند الشافعي في قول: غير

---

(١) انظر: مختصر المزني ص ٧٦؛ المنهاج ص٢١٥؛ قوانين الأحكام الشرعية ص٢٧٩.

(٢) انظر: المدونة ٣/ ٩٩؛ التفريع ٢/ ١٢٥؛ المعونة ٢/ ٩٥٦.

(٣) انظر: المحلىٰ لابن حزم ص ١٢٧٩ (بيت الأفكار).

(٤) «الحَفْنَة: ملء الكفين من طعام». مختار الصحاح (حفن).

(٥) والطعام: اسم لكل ما يتطعم، فعلىٰ هذا: يحرم الربا لدىٰ الشافعية في كل ما يطعم من الأقوات، والإدام، والحلاوات، والفواكه، والأدوية ونحوها. وقال النووي في المنهاج: «والطعام ما قُصِدَ للطُّعْم اقتياتاً، أو تفكهاً، أو تداوياً». انظر: المهذب ٣/ ٦١؛ المجموع ٩/ ٤٥١؛ المنهاج ص٢١٣؛ رحمة الأمة ص١١٠.

معلولين، وفي قول هما معلولان بعلة الثمنية[١]. وفائدة الاختلاف تظهر: إذا باع حديداً بحديد، أو نحاساً بنحاس متفاضلاً، وغيرهما من الوزنيات [متفاضلاً] لا يجوز عندنا، وعنده: يجوز[٢].

ولو تبايعا وزنيًا بوزني وهو مأكول أو مشروب كالدهن، والزيت، والرُّبِّ، والخَلِّ، وما أشبه ذلك، لا يجوز إلا وزناً بوزن في قولهم جميعاً، أما عندنا: لوجود الوزن، وعنده: لوجود الطعم، والجنس بانفراده يحرم النسيء عندنا، وعند [الشافعي]: لا يحرم.

وبيانه: إذا باع ثوباً هروياً بهروي، أو مروياً بمروي نسيئة، لا يجوز عندنا، وعنده: يجوز، وكذلك لو باع حيوانًا بحيوان نَسَأً، فهو على هذا الاختلاف.

وأجمعوا: أن التفاضل يحل، وأجمعوا: أن الوصف الآخر إما الكيل عندنا أو الوزن، وعنده: الطعم يحرم النسأ بانفراده.

[السَّلَمُ فِيْمَا يُوْزَنُ بِمَا يُكَال]

وروي عن إبراهيم النخعي أنه قال: أسلم[٣] ما يكال فيما يوزن، وأسلم ما يوزن فيما يكال، ولا يسلم ما يكال فيما يكال، ولا ما يوزن فيما يوزن، وإذا اختلف النوعان مما لا يكال ولا يوزن، فلا بأس به اثنان بواحد يداً بيد، ولا خير فيه نسيئة.

---

(١) انظر: المهذب ٣/ ٥٩؛ المجموع ٩/ ٤٤٢.

(٢) انظر: المهذب ٣/ ٦٢.

(٣) «السَّلَم بفتح السين واللام لغة: السلف.

وشرعاً: أخذ عاجل بآجل»، أنيس الفقهاء ص٢١٨.

وهو بيع الشيء على وجه يوجب الملك للبائع في الثمن عاجلاً، وللمشتري في المثمن آجلًا سمي به؛ لما فيه من وجوب تقدم الثمن.

«وركنه: ركن البيع، ويسمىٰ صاحب الثمن: رب السلم، والآخر: المسلم إليه، والمبيع: المسلم فيه»، اللباب ص٢٨٠.

وقوله: أسلم ما يكال فيما يوزن: هذا ليس على الإطلاق؛ لأنه لو أسلم الكيلي في الدراهم والدنانير، لا يجوز ولا يكون سلماً، وإنما يجوز سَلَمُ الكيلي في الوزني الذي يتعين [للعقد][1]، كما إذا أسلم الحنطة في الزعفران، أو الحرير وغيرهما؛ وإنما جاز لأنه لم يجمعهما كيل ولا وزن ولا جنس، فلما لم يجمعهما واحد من [هذه] الأوصاف الثلاثة، حَلَّ التفاضل والنَّسَأ جميعاً.

[السَّلَمُ فِي الدَّرَاهِمِ والدَّنَانِيْرِ]

وأما إذا أسلم في الدراهم والدنانير لا يكون سلماً[2]، وهل يكون بيعاً أم لا؟ ينظر: إن كان بلفظ البيع يجوز، ويكون بيعاً بثمن إلى أجل، وإن كان بلفظ السَّلَم قالوا: إنه لا يجوز.

قال الشيخ رضي الله تعالىٰ عنه: ينبغي أن يجوز، ويكون هذا بيعاً بثمن إلى أجل؛ لأن العبرة للمعني وقد حصل معنىٰ البيع: وهو تمليك عين الكيلي بثمن إلى أجل، فيجوز.

وقوله: أسلم ما يوزن فيما يكال: هذا على الإطلاق، وهو أن يجعل الوزني رأس المال ويسلم في الكيلي، فإن السَّلَم جائز، سواء كان الوزني الذي جعله رأس المال عَرَضاً يتعين للعقد، أو ثمناً لا يتعين للعقد؛ لأنه لم يجمعهما واحد من الأوصاف الثلاثة، فجاز.

[السَّلَمُ ما يُكَالُ فِيْمَا يُكَالُ، وما يُوْزَنُ فِيْمَا يُوْزَنُ]

[١١١-ب] وقوله:/ لا يسلم ما يكال فيما يكال: [هذا] على الإطلاق، وهو أن يجعل

---

(١) في أ (للنقد)، والمثبت من م.

(٢) ما يصح فيه السلم: ثلاثة أشياء: في المكيل، والموزون، والمذروع: وهو الثياب، والعدديات المتقاربة»، كما قال أبو الليث في خزانة الفقه ص١٧٨.

الكيلي رأس المال ويسلمه في الكيلي كالحنطة في الشعير، فإنه لا يجوز؛ لأن الكيلي جمعهما، والكيلي بانفراده يحرم النسأ.

وقوله: ولا يسلم ما يوزن فيما يوزن: هذا ليس على الإطلاق، وإنما لا يجوز إسلام الوزني في الوزني إذا كانا جميعاً مما [يتعينان][(١)] للعقد كالحديد في الزعفران[(٢)]، وأما إذا أسلم الدراهم والدنانير في الوزنيات يجوز السَّلَم.

ولو أسلم نُقْرَة فضة، أو تِبْراً من ذهب، أو المصبوغ منهما في الزعفران، ذكر الاختلاف بين زفر ويعقوب، قال زفر: لا يجوز؛ لأن الوزن جمعهما، وقال أبو يوسف: يجوز؛ لأنه من جنس الأثمان وأصلهما.

ولو أسلم الفلوس في الوزني يجوز؛ لأن الفلوس عددي إلاّ إذا أسلمهما في جنسها لا يجوز؛ لأن الجنس بانفراده يحرم النسأ.

ولو أسلم أواني الصفر في الوزنيات، فإنه ينظر: إن كانت الأواني تباع وزناً لا يجوز؛ لأن الوزن جمعهما، وإن كانت تباع عدداً جاز، إلا أنه لا يجوز في جنسه كما قلنا في الفلوس.

[القَبْضُ والنَّسِيْئَةُ إذا اخْتَلَفَ النَّوْعَان]

وقوله: إذا اختلف النوعان مما لا يكال ولا يوزن، فلا بأس به اثنان بواحد يداً بيد، ولا بأس به نسيئة كالهروي بالمروي، والجوز بالبيض، والحيوان بالثياب؛ لأنه

(١) في أ (يتقابض).

(٢) وقد جمع أبو الليث الأشياء التي لا يصح السلم فيها، فقال: «أربعة عشر شيئاً لا يصح السلم فيها: ١- الموزون في الموزون. ٢- والمكيل في المكيل. ٣- وفي الحيوان. ٤- والرؤوس. ٥- والأكارع. ٦- واللآلئ. ٧- والجواهر. ٨- والبقول. ٩- والفواكه الرطبة. ١٠- وفي الرطب في غير حينه. ١١- والرّمان. ١٢- والسفرجل. ١٣- والبطيخ. ١٤- والقثاء في حينه، وما أشبه ذلك». خزانة الفقه ص ١٧٩.

لم يجمعهما واحد من الأوصاف الثلاثة، وإن كان ذلك من نوع واحد، فلا بأس به اثنان بواحد يداً بيد، ولا خير فيه نسيئة: كالهروي بالمروي، والمروي بالمروي، والجوز بالجوز، والبيض بالبيض؛ لأنه جمعهما وصف واحد وهو الجنس.

وقوله: إذا اختلف النوعان مما يكال أو يوزن، فلا بأس به اثنان بواحد يداً بيد، ولا خير فيه نسيئة[1]: كالحنطة بالشعير، والدهن بالسمن؛ لأنه جمعهما وصف واحد: وهو الكيل أو الوزن، فحَلّ التفاضل وحرم النسأ، وإذا تبايعا كيلياً بكيلي، أو وزنياً بوزني، كلاهما من جنس واحد، أو من جنسين مختلفين، فإن البيع لا يجوز حتى يكون كلاهما عيناً [أضيف] إليها القعد، وهو حاضر أو غائب بعد أن يكون موجوداً في ملكه، والتقابض قبل التفرق بالأبدان ليس بشرط لجوازه إلا في الذهب والفضة.

وعند الشافعي: إذا تبايعا مأكولاً بمأكول من جنس واحد، أو من جنسين: كما إذا باع حنطة بحنطة، أو حنطة بشعير، فإن التقابض قبل التفرق بالأبدان من شرطه[2].

[بَيْعُ دَيْنٍ مَوْصُوفٍ في الذِّمَّةِ بعَيْنٍ حاَضِرٍ]

ولو كان أحدهما ديناً موصوفاً في الذمة، والآخر عيناً أضيف إليه العقد، فإنه ينظر: إن جعل الدين منهما ثمناً والعين مبيعاً، جاز البيع بشرط أن يقبض الدين منهما قبل التفرق بالأبدان، وإن جعل الدين منهما مبيعاً لا يجوز، وإن أحضر في المجلس الذي أدخل فيه [النَسَأُ] يكون ثمناً [لا مبيعًا]، والذي يدخل فيه [النسأ] يكون مبيعاً.

وبيان هذا، وهو أن يقول: بعت منك هذه الحنطة على أنها قفيز بقفيز[3] حنطة

---

(١) قال الطحاوي: «ولا يجوز بيع شيء من المكيلات ولا من الموزونات بشيء من جنسه نسيئة ...» ص٧٥.

(٢) انظر: المهذب ٣/ ٦١؛ المنهاج ص٢١٣.

(٣) القفيز: مكيال كان يكال به قديمًا، ويختلف مقداره في البلاد، ومن ثم اختلف الفقهاء، فالقفيز الشرعي = ١٢ صاعاً = ٨ مكلوكاً.

=

جيدة، أو قال: بعت منك هذه الحنطة على أنها قفيز بقفيزي شعير جيد، فالبيع جائز؛ لأنه جعل العين منهما مبيعاً، والدين الموصوف ثمناً، ولكن قبض الدين منهما قبل التفرق بالأبدان شرط؛ لأن من شرط جواز هذا البيع أن يحصل الافتراق عن عين بعين، وما كان ديناً لا يتعين إلا بالقبض.

[بَيْعُ مَا لَيْس عنده]

ولو قبض الدَّيْن منهما ثم تفرقا، جاز البيع قَبَضَ العين منهما أو لم يقبض، فلو قال: اشتريت منك هذا القفيز من الحنطة بقفيز حنطة جيدة، أو قال: اشتريت منك قَفِيْزَي شعير جيد بهذه الحنطة على أنها قفيز، فإنه لا يجوز، وإن أحضر الدين في المجلس؛ لأنه جعل الدين منهما مبيعاً، فصار بائعاً ما ليس عنده، وبيع ما ليس عنده لا يجوز، إلا في السلم خاصة؛ لما روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: (أنه نهىٰ عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم)[1] والشراء بثمن ليس عنده جائز؛ لما روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: (أنه اشترىٰ من يهودي طعاماً بثمن ليس عنده، ورهنه درعه)[2].

= وهو يساوي عند الحنفية: ٣٤٤ ,٤٠ لتراً = ٣٩١٣٨ غراماً من القمح.

ويساوي لدىٰ الجمهور ٩٧٦ ,٣٢ ليتراً = ٠٦٤ ,٢٦ غراماً من القمح. كما في معجم لغة الفقهاء (قفز) (مقادير).

وذكر في ملحق المنهاج: بأن القفيز عند المالكية = ٩٢ ,٩٧ كغم = ٦٥٧٧٤٩٨ ,١١١ ليتراً، وعند الشافعية = ٤٨ ,٢٤كغ = ٣٢٨٣٨٤ ,٤٤ ليتراً. ص٦٩٠، ٦٩٤.

(١) قال ابن حجر: «ولم أجده هكذا، نعم، هما حديثان: أحدهما (لا تبع ما ليس عندك)، وتقدم، ثانيهما في الرخصة في السلم، ولم أره بهذا اللفظ، إلا أن القرطبي في شرح مسلم ذكره أيضاً». الدراية ٢/ ١٥٩؛ وقال الزيلعي: «غريب بهذا اللفظ»، نصب الراية ٤/ ٤٥.

(٢) أخرجه البخاري (١٩٩٠، ٢٣٧٨).

[البَيْعُ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ]

[١١٢-أ] وأما الدراهم والدنانير ثمن على/ كل حال، أدخل فيه [النَّسَأ] أو لم يدخل.

وبيانه إذا قال: بعت منك هذه الحنطة بدرهم إلى شهر، أو قال: اشتريت منك درهما بهذه الحنطة، فإنه يجوز، ويكون بيع الحنطة بثمن مؤجل.

ولو قال: بعت منك قفيز حنطة جيدة بهذه الدراهم، أو بهذه الدنانير بقفيز حنطة جيدة، وجعل الحنطة ديناً موصوفاً في الذمة، فإن هذا البيع لا يجوز، سواء أدخل حرف الباء في الدراهم أو في غيرها، فيكون ثمناً على كل حال، والآخر مبيعاً، فيصير بائعاً ما ليس عنده، فلا يجوز.

ولو أتىٰ في هذا البيع شرائط السَّلَم نحو أن يقول: بعني كُرّ حنطة جيدة إلى شهر بعشرة دراهم، أو بدنانير! وبَيَّنَ مكان [الإيفاء، ونقد] رأس المال، فإنه يجوز، وإن لم يذكر لفظ السلم عند علمائنا الثلاثة؛ لأنه أتىٰ بمعنىٰ السلم، والعبرة للمعاني لا للألقاب والأسامي، وقال زفر: لا يجوز ما لم يتلفظ بلفظ السلم؛ لأنه بيع ما ليس عنده.

[اشْتِرَاطُ التَّقَابُضِ فِي الصَّرْفِ]

ولو تبايعا عشرة دراهم بعشرة دراهم، أو تبايعا ديناراً بدينار، أو تبايعا ديناراً بعشرة دراهم بغير أعيانهما، وليس عند كل واحد ما باع، فاستقرض كل واحد منهما قبل التفرق، ثم تقابضا وافترقا جاز؛ لأن كل واحد منهما يكون مشترياً بثمن ليس عنده، والتقابض شرط؛ لأنه صرف، وإنما كان كل واحد منهما مشترياً؛ لأن الدراهم والدنانير ثمن على كل حال، ولا يكون مبيعاً.

ولو باع تِبْراً بِتِبْرٍ بغير أعيانهما، واستقرض كل واحد منهما وتقابضا وافترقا، قال في كتاب الصرف: إنه يجوز البيع، وجعله بمنزلة الدراهم والدنانير، وقال في كتاب المضاربة: إنه المضاربة لا يجوز به، وجعله بمنزلة العَرَض، فعلىٰ قياس

رواية المضاربة: لا يجوز، ويحتمل أن رواية المضاربة محمولة: على الموضع الذي لا يروج التِبْر رواج الدراهم، ورواية الصرف محمولة: على الموضع الذي يروج التبر كما تروج الدراهم والدنانير(١).

ولو تبايعـا حنطة موصوفة بحنطة موصوفة، أو حنطة موصوفة بشعير موصوف، أو وزنـاً بوزني مما يتيعن في العقد موصوفين [ثمّ] استقرضا وتقابضا وافترقا، فإنه لا يجوز البيع؛ لأن الذي أدخل فيه الباء يكون ثمنـاً والآخر مبيعـاً، فيصير بائعـاً ما ليس عنده، فلا يجوز إلا من جهة السلم، والسلم في مثله لا يجوز.

[أَوْجُهُ العُقُوْدِ بِاعْتِبَارِ التَّقَابُضِ]

ثم العقود على ثلاثة أوجه: التقابض من الجانبين قبل التفرق بالأبدان شرط لصحته، وفي وجه: لا يجعل التقابض شرطـاً، وفي وجه: يجعل التقابض من أحد الجانبين شرطـاً لصحته:

أما الوجه الأول: فهو [عقد] الصرف.

وأما الوجه الثاني: إذا تبايعا عينـاً بعين مما يتعين للعقد غير عقد الصرف، فإن التقابض ليس بشرط، وكذلك لو تبايعا عينـاً بدين مما لا يوجب تحريم النسأ كالحنطة بالدراهم وغيرها، فإن التقابض ليس بشرط.

وأما الوجه الثالث: فهو إذا تبايعا دراهم بفلوس، فالقبض في أحد الجانبين شرط؛ لأنهما لو افترقا من غير قبض من الجانبين، حصل الافتراق عن دين بدين؛ لأن الدراهم والفلوس لا تتعين وإن تعينت، وإنما تتعين القبض، ولو وجد القبض من أحد الجانبين جاز؛ لأنهما افترقا عن عين بدين، وكذلك إذا تبايعا كَيْلِيًّا بكيلي أو وَزْنِيًّا

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٨؛ الهداية ٣/ ١٠٣٧.

بوزني، الذي يحرم فيه النسأ وأحدها عينٌ والآخر دين، والدين منهما ثمن، فإنه يجوز ولكن بشرط إحضاره وقبضه قبل التفرق بالأبدان؛ لأن الدين لا يتعين بالإحضار ما لم يقبض، وكذلك في عقد السَّلَم يشترط القبض من أحد الجانبين: وهو رأس المال، فإن تفرقا قبل تسليم رأس المال إليه، فإن كان رأس المال دينًا، بطل السلم قياساً واستحساناً؛ لأنهما افترقا عن دين بدين، وإن كان رأس المال عيناً، فالقياس: أن لا/ [١١٢-ب] يبطل؛ لأنهما تفرقا عن دين بعين، وفي الاستحسان: يبطل؛ لأنه إنما [سُمِّيَ سَلَمًا] لتسليم رأس المال إليه، وهو في اللغة عبارة: عن أخذ عاجل بآجل.

[تَعْيِيْنُ الدَّرَاهِم والدَّنَانِيْرِ]

الأصل: أن الدراهم والدنانير لا يتعينان لعقود المبادلات وإن عَيّنا، وهما ثمن للأشياء، ولا يكونان [مبيعًا] بحال، وغيرهما من الكَيْلِيِّ والوَزْنِيِّ أعيانها سِلَعٌ، وأوصافها ثمن، والفلوس[1] الرائجة لا تتعين، بخلاف جنسها وإن عينت، ولا تتعين جنسها أيضاً إذا كانا متساويين في العدد، وإن كانا متفاضلين في العدد فإنهما يتعينان، ويجوز العقد في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يتعينان ولا يجوز العقد.

وبيان ذلك: وهو أنه إذا اشترىٰ شيئاً بعينه بدراهم وأشار إليها، فإنها لا تتعين للعقد، حتى أنها لو هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد، وينقد مثلها، وله أن يحسبها ويدفع غيرها، وكذلك إذا اشترىٰ فاكهة أو شيئًا بعينه بهذه الفلوس وأشار إليها، فإنها لا تتعين، وبهلاكها قبل التسليم لا يبطل العقد وينقد مثلها، وله أن يحبسها ويدفع غيرها، وليس للبائع مطالبة المشتري بتلك الفلوس بأعيانها، وكذلك لو تبايعا فَلْساً بعينه بفَلْسٍ بعينه فالجواب هكذا، إلا أن التقابض قبل التفرق بالأبدان

---

(١) والفَلْسُ جمع: الفُلُوس: «عملة يتعامل بها، مضروبة من غير الذهب والفضة، وكانت تقدر بسدس الدرهم، وهي تساوي اليوم جزءًا من ألف من الدينار في العراق وغيره»، المعجم الوسيط (فلس).

شرط لصحته لأنهما لو تفرقا عن غير قبض من الجانبين، فقد تفرقا عن دين بدين، فلا يجوز، ولو تفرقا عن قبض من أحدا الجانبين فلا يجوز أيضاً؛ لأن الجنس جمعهما، فلا يجوز نسيئة.

ولو تبايعا درهماً بعينه بهذه الفلوس بأعيانها، فلا يتعينان أيضاً، ويجوز البيع، ولو تفرقا عن غير قبض من الجانبين جميعاً، بطل العقد؛ لأنهما تفرقا عن دين بدين، ولو تفرقا عن قبض من أحدا الجانبين، جاز البيع؛ لأنهما افترقا عن عين بدين، لأن المقبوض صار عيناً ولم يوجد هاهنا واحد من الأوصاف الثلاثة التي تحرم النسأ: الكيل، أو الوزن، أو الجنس.

[تبايع فَلْسٍ بعَيْنِهِ بفَلْسَيْنِ بأعْيَانِهِمَا]

ولو تبايعا فَلْساً بعينه بفَلْسَيْن بأعيانهما، جاز البيع في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ويتعين كل واحد منهما، حتى أنه لو هلك أحدهما قبل القبض والتسليم، بطل العقد، وإذا أراد أحدهما أن يدفع مثله، ليس له ذلك، وقال محمد: لا يتعينان وإن عَيَّنَا، ولا يجوز.

وأجمعوا أنهما لو تبايعا فلساً بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما، أو عَيَّنَ أحدهما ولم يُعَيِّنْ الآخر، فلا يجوز في قولهم جميعاً؛ لأنه لو جاز يؤدي إلى ربح مالم يضمن؛ لأن مشتري الفلسين قبضهما وينقد أحدهما ويبقىٰ له الآخر بغير ضمان، أو فلساً بفلس يلتقيان قصاصاً ويبقىٰ زيادة فلس ليس بإزائه ضمان، (ونهىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن)[1][2].

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٠٤)؛ والترمذي (١٢٣٤)، وقال: «حديث حسن صحيح»؛ والنسائي في المجتبىٰ (٤٦٢٩)؛ «وصححه ابن حبان، والحاكم، والنسائي، من طريق عطاء الخرساني»، كما قال ابن حجر في الدراية»، نصب الراية ٤/ ١٨، ١٩؛ الدراية ٢/ ١٥١.

(٢) انظر: الهداية ٣/ ١٠٤٣، ١٠٤٤.

[شِرَاءُ مِائَةِ فَلْسٍ بِدِرْهَمٍ]

ولو اشترىٰ مائة فلس بدرهم، فقبض الفلوس أو الدرهم ثم تفرقا، جاز البيع؛ لأنهما تفرقا عن عين بدين.

وإن كسدت الفُلُوس بعد ذلك، فإنه ينظر: إن كانت الفلوس هي المقبوضة فلا يبطل العقد؛ لأن كساد الفُلُوس بمنزلة هلاكها، وهلاك المعقود عليه بعد القبض لا يبطل العقد.

ولو كانت الفلوس غير مقبوضة، بطل البيع استحساناً؛ لأن كساد الفلوس بمنزلة الهلاك، وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل البيع، والقياس: أن لا يبطل؛ لأنه قادر على أداء ما وقع عليه العقد.

وقال بعض مشايخنا: إنما يبطل العقد إذا اختار المشتري إبطاله وفسخه؛ لأن كسادها بمنزلة عيب فيها، والمعقود عليه إذا حدث به عيب قبل القبض يثبت للمشتري فيه الخيار، والأول أظهر.

ولو نقد الدرهم وقبض من الفلوس نصفها خمسين، ثم كسدت الفلوس، بطل البيع في نصفها، وله أن يسترد نصف درهم.

[١١٣-أ] ولو اشترىٰ شيئاً بعينه، أو اشترىٰ / فاكهة بفلوس ثم كسدت الفلوس قبل أن ينقدها وقد قبض المبيع، فسد البيع، وعليه أن يرد المبيع إن كان قائماً، أو قيمته أو مثله إن كان هالكاً.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع، فرّق بين هذه وبين المسألة الأولىٰ: وهو أنه إذا باع الفلوس بدرهم؛ لأن هناك لو أوجبنا رد قيمة الفلوس تمكن فيه الربا، وهاهنا لا يتمكن، وفي المسألتين جميعاً إذا لم تكسد الفلوس غير أن قيمتها غلت أو رخصت، فلا يبطل البيع، وعليه أن ينقد مثل

القدر الذي أوجبه العقد، ولا ينظر إلى القيمة.

ولو اشترىٰ بدرهم فلوساً وتقابضا وتفرقا، ثم استحقت الفلوس من يده فأخذها المستحق، لا يبطل العقد؛ لأنه انتقض قبضه بالاستحقاق، فصار كأنهما افترقا وقد قبض الدرهم دون الفلوس، وهذا يجوز، فكذلك لو استحق بعضها، وعلى بائع الفلوس أن ينقد مثل ما استحق، ولا يبطل [البيع].

وكذلك إذا وجد الفلوس من الفلوس الكاسدة، فإنه يردها ويستبدلها، ولا يبطل البيع؛ لأن الدرهم مقبوض.

ولو قبض الفلوس ولم ينقد الدرهم فافترقا، ثم استحقت الفلوس، فالمستحق بالخيار: إن شاء أجاز العقد فيصح البيع، ويرجع المستحق على بائع الفلوس بمثلها، وينقد المشتري الدرهم لبائع الفلوس، وإن لم يجز المستحق وأخذ الفلوس، بطل البيع؛ لأنه [لما] أخذها المستحق فقد انتقض القبض، وحصل افتراقهما عن غير قبض من الجانبين، فبطل.

وكذلك لو استحق بعض الفلوس، فالحكم في ذلك البعض كما ذكرنا في استحقاق الكل.

ولو وجد الفلوس من الفلوس التي لا تروّج، بطل العقد، ولو وجدها من الفلوس التي تروج [البعض] كان بمنزلة الزيوف والنبهرجة من الدراهم، فإنه لو تجوز بها، جاز، وإن رَدَّهَا ولم يتجوز، بطل العقد في قول زفر في المردود، وفي قول أبي يوسف ومحمد: يستبدله في مجلس الرد، ولو فارقه قبل الاستبدال يبطل، وقال أبو حنيفة: إن كان قليلاً يستبدل وإن كان كثيراً يبطل، والحد الفاصل بينهما أن يقال: إنَّ الثلث وما دونه في حَدِّ القلة في الروايات كلها، وإن كان أكثر من الثلث يبطل بالرد في رواية، وفي رواية لا يبطل حتى يكون النصف، وفي رواية لا يبطل حتى يكون أكثر من النصف.

وإن كان الاستحقاق قبل الافتراق، فلا يبطل العقد وينقد مثلها(١).

[استقراض فلوس رائجة ثم كسدت]

ولو استقرض فلوساً رائجة وقبضها، ثم كسدت وصارت لا تروج، فعلى المستقرض رد ما قبض من الفلوس عند أبي حنيفة، وعندهما: عليه رد قيمتها، [وتعتبر قيمتها] وقت القبض [عند أبي يوسف، وعند محمد: يوم الكساد]، وأجمعوا أن الفلوس إذا لم تكسد ولكن غلت قيمتها أو رخصت، فعليه ما قبض من العدد(٢).

[التمور كلها جنس واحد]

قال: والتمور كلها جنس واحد، وإن اختلفت أسماؤها(٣) وأوصافها وبلدانها، ولا يجوز بيع بعضها ببعض إلا سواء بسواء في الكيل عيناً بعين(٤)، فإذا استويا في الكيل، جاز وإن تفاضلا في غيره من الأوصاف، [وإن تفاضلا في الكيل واستويا في غيره من الأوصاف، لا يجوز].

ولو بيع بعضها ببعض مُجَازَفَةً لم يجز، إلاّ إذا كان كيلاً، وعرف تساويهما في

---

(١) انظر: الهداية ٣/ ١٠٤٣، ١٠٤٤.

(٢) انظر: الهداية ٣/ ١٠٤٣.

(٣) مختصر الطحاوي ص٧٦.

(٤) «وذلك لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (التمر بالتمر مِثلًا بمثلٍ)، ولم يفرِّق بين الأنواع المختلفة فيه.

وقال في حديث أبي سعيد وأبي هريرة: (أكُلُّ تمر خيبر هكذا؟ قال: لا، إنما نأخذ من هذا الصاع بالصاعين، والصاعين بالثلاثة من الجَمْع، فقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (لا تفعلوا، ولكن بع هذا، واشْتَرِ بثمنه من هذا).

فأبان أن اختلاف أنواعه لا يُبيح التفاضل فيه؛ لأن الجَمْع: هو الأنواع المختلفة منه، وكذلك الحنطة كما وصفنا». شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٣٤.

الكيل قبل التفرق بالأبدان عن مجلس العقد؛ حينئذٍ يجوز البيع، وكذلك لو كان تمرًا بين اثنين اقتسماه مجازفة، لا يجوز؛ لأن القسمة كالبيع، إلا إذا علم تساويهما في الكيل قبل التفرق بالأبدان.

ولو بيع بعضها ببعض وزنـًا وتساويا في الوزن، لا يجوز؛ لأن من شرط جوازه التسوية في الكيل، ولا يدرىٰ ذلك.

[الاعتبار في الكيل والوزن: استعمال الناس]

وروي عن أبي يوسف أنه قال: إذا غلب [عليه] استعمال الناس بالوزن يصير وزنـًا، ويعتبر التساوي في الوزن، وإن كان أصله كَيْلِيًّا(١).

وكذلك العنب كله جنس واحد وإن اختلفت أوصافه وأسماؤه وبلدانه، كما ذكرنا في التمر.

وكذلك الزبيب، وكذلك الحنطة، كلّها نوع واحد وإن اختلفت/ أوصافها [١١٣-ب] وأسماؤها وبلدانها، كما ذكرنا في التمر.

ولو بيع التمر بالزبيب أو بالعنب أو بالحنطة، يجوز متفاضلاً بعد أن يكون عينـًا بعين؛ لأن النوع قد اختلف، ولا يجوز نسيئة؛ لأن الكيل جمعهما.

[لحوم الغنم كلها جنس واحد]

ولحوم الغنم كلها جنس واحد(٢): من المَعْز، والضَّأْن، والنَّعْجَة، والتَّيْس، حتى لو باع لحومها بعضها ببعض، أو ألبانها بعضها ببعض، لا يجوز، إلا سواء بسواء، على ما ذكرنا في التمر والحنطة.

---

(١) قال المرغيناني: «وما لم يَنُصَّ عليه، فهو محمول على عادات الناس»، الهداية ٣/ ١٠٠٥.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٧٦.

ولو باع لحم الشاة بشحمها، أو بأليتها، أو بصوفها، فيجوز كيفما كان، ولا يجوز نسيئة؛ لأن الوزن جمعهما.

(فأما صوف الشاة مع [شعر] المعز جنسان مختلفان، ولو باع بعضها ببعض متفاضلاً جاز؛ لأن منافعها مختلفة، ولا يجوز نسيئة؛ لأن الوزن قد جمعهما)[١].

[النَّسِيْئَةُ فِيْمَا لاَ يُضْبَطُ بِالْوَصْفِ]

وأما الرؤوس، والأكارع، والجلود، يجوز يداً بيد كيفما كان، ولا يجوز نسيئة؛ لأنه لا يضبط بالوصف، ألا ترىٰ أن السَّلَم فيها لا يجوز.

[لحوم الإبل كلها نوع واحد، ولحوم البقر والجواميس نوع واحد]

ولحوم الإبل كلها نوع واحد من العراب[٢] والبخاتي، ذو السنامين أو سنام واحد، والجواب فيها كالجواب في المعز والشاة والضأن.

وكذلك لحوم البقر والجواميس كلها نوع واحد، ولو باع لحم الإبل بلحم الغنم، أو بلحم البقر والجواميس، كلها نوع واحد، ولو باع لحم الإبل بلحم الغنم، أو بلحم البقر، أو لبنها بلبن الغنم، أو بلبن البقر، يجوز كيفما كان، ولا يجوز نسيئة؛ لأن الوزن جمعهما.

وإذا اشترىٰ حيواناً بلحم من خلاف جنسه، جاز كيفما كان، بعد أن يكون عيناً بعين عندنا، وقال الشافعي: لا يجوز بيع اللحم بالحيوان، سواء كان اللحم من جنسه أو من خلاف جنسه[٣].

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) «العِراب من الإبل: خلاف البخاتي، الواحد عربي»، «والبُخْتُ: الإبل الخراسانية، واحدها: بُختي، والجمع بُخَاتِيّ، وبخات»، المعجم الوسيط (عرب، بخت).

(٣) انظر: المهذب ٣/ ٦٦؛ المنهاج ص٢١٤.

[شراء حيوان بلحم من جنسه]

ولو اشترىٰ حيوانـًا بلحم من جنسه نحو: أن يشتري شاة حية بلحم الشاة أو بشحمها، أو بأليتها[١]، فالبيع جائز كيفما كان، بعد أن يكون عينـًا بعين في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: إن كان وزن اللحم مثل وزن اللحم الذي في الحيوان، أو أقل، أو لا يدري، لا يجوز، وإن كان يعلم [أن] وزن اللحم أكثر من وزن اللحم الذي في الحيوان، يجوز؛ لأنه لحم بلحم والزيادة بإزاء خلاف الجنس من الأطراف والسَّقَط.

ولو كانت الشاة مذبوحة غير مسلوخة فاشتراها بلحم الشاة، فالجواب في قولهم جميعـًا كما قال محمد في المسألة الأولىٰ.

ولو اشترىٰ شاة حية بشاة مذبوحة، يجوز في قولهم جميعـًا، أما على قولهما، فلا يُشْكِلُ؛ لأنه لو اشترىٰ باللحم يجوز كيفما كان، وكذلك إذا اشتراها بشاة مذبوحة، وأما على قول محمد: إنما يجوز؛ لأنه لحم بلحم، وزيادة اللحم بإحداهما مع سَقَطها بإزاء سَقَط الآخر، فلا يؤدي إلى الربا فيجوز، وكذلك لو اشترىٰ شاتين حيتين بشاة واحدة مذبوحة غير مسلوخة، فإنه يجوز؛ لأنه لحم بلحم وزيادة اللحم في أحد الجانبين مع السَّقَط بإزاء السقط الأخرىٰ على قول محمد، وعندهما: لا يشكل[٢].

[شراء شاتين مذبوحتين غير مسلوختين بشاة مذبوحة]

ولو اشترىٰ شاتين مذبوحتين غير مسلوختين بشاة مذبوحة غير مسلوخة جاز؛ لأنه لحم بلحم وزيادة اللحم في إحدىٰ الشاتين مع السَّقَط بإزاء سَقَط الأخريين، ولو اشترىٰ شاتين مذبوحتين مسلوختين بشاة مذبوحة غير مسلوخة، جاز؛ لأنه لحم بلحم وزيادة اللحم في المسلوختين بإزاء سَقَط الأخرىٰ.

---

(١) في م (أو بلبنها).

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٧٦، ٧٧.

ولو اشترىٰ شاتين مسلوختين بشاة مسلوخة لا يجوز، لأن كليهما لحم والزيادة ربا، إلا إذا كانا مستويين في الوزن، حينئذٍ يجوز.

ولو اشترىٰ بالزيت زيتونًا، أو اشترىٰ بالشيرج سِمْسِماً، أو بدهن الكتان كتاناً، أو بالعصير عنباً، أو بالسَّمْن لبناً فيه سَمْن، أو بالصوف شاة وعلى ظهرها صوف، أو اشترىٰ باللبن حيواناً وفي ضرعه لبن من جنسه، أو اشترىٰ أرضاً وفيها نخل بتمر وعلى النخل تمر، أو اشترىٰ أرضاً وفيها زرع أدرك بحنطة، أو ما أشبه ذلك
[١١٤-أ] من الأشياء التي يجري فيها الربا، فإنه لا يجوز البيع، حتى يكون / وزن المنفردة أكثر، فيصرف المثل إلى المثل والزيادة بإزاء الثقل.

وذكر الطحاوي: (**أنه إذا باع الشاة وفي ضرعها لبن بلبن الشاة [أنه] على الاختلاف كما ذكرنا في بيع الشاة باللحم**)[١].

وذلك غير سديد، والصواب ما ذكرنا على الاتفاق[٢].

[شراء جنسين بجنسين مما يجري فيه الربا]

ولو اشترىٰ جنسين بجنسين ما يجري فيه الربا نحو: أن يشتري حنطة وشعيرًا بحنطة وشعير، أو يشتري ذهباً وفضة بذهب وفضة، جاز البيع في الأحوال كلها، فإن أمكن صرف الجنس إلى الجنس يصرف، ويجوز البيع، وإن لم يمكن ذلك، ويؤدي إلى الربا، فيصرف كل جنس إلى خلافه، فيجوز البيع عندنا، وقال الشافعي: لا يجوز[٣].

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٧٧.

(٢) وكذلك ردّ الجصاص على قول الطحاوي (على الاختلاف)، بل قال: إنه: «غلط، لا خلاف بين أصحابنا في أن ذلك إنما يجوز على الاعتبار: وهو أن يكون اللبن الذي يُعطىٰ، أكثر من اللبن الذي في الضرع، وكذلك بيعها بصوف، وعلى ظهرها صوف، ولا خلاف بينهم في جوازه على الاعتبار ...»، ٣/ ٣٧، ٣٨.

(٣) انظر: المهذب ٣/ ٧١؛ المنهاج ص٢١٤.

ولو اشترىٰ سيفًا محلى بفضة، بسيف على حلية فضة، ووزن[١] الحليتين مختلف، جاز البيع بالإجماع، فيصرف الفضة إلى الفضة، وزيادة الفضة في أحدهما مع السيف يكون بإزاء السيف الآخر.

وكذلك إذا اشترىٰ نقرة فضة مع ثوب، بنقرة فضة وثوب، وزن إحدىٰ الفضتين عشرة، ووزن الأخرىٰ عشرون، جاز البيع، فتكون عشرة بعشرة وزيادة العشرة في أحد الجانبين [مع] الثوب يكون بإزاء الثوب الآخر.

[بَيْعُ الرُّطَبِ بِالتَّمْرِ]

قال: **(ولا بأس ببيع الرُّطَب بالتمر يداً بيد، مِثلاً بمثل في قول أبي حنيفة، [ولا يجوز في قول: أبي يوسف ومحمد.**

ولا يجوز متفاضلاً في قولهم جميعًا])[٢] إذا تبايعا كَيْلِيًّا بكَيْلِيٍّ من جنسه، فهذا على ثلاثة أوجه:

في وجه: يجوز البيع إذا تساويا في الكيل.

وفي وجه: لا يجوز البيع تساويا في الكيل أو تفاضلا.

وفي وجه: اختلفوا [فيه]:

---

(١) عبارة م (بسيف محلىٰ بفضة ووزن الجنسين مختلف).

(٢) مختصر الطحاوي ص٧٧. «لأبي حنيفة: أن الرطب والتمر، لا يخلو من أن يكون جنساً واحداً، أو جنسين مختلفين، فإن كان جنساً واحداً، جاز؛ لقوله صلىٰ الله عليه وسلم: (التمر بالتمر مِثلاً بِمثْلٍ).

وإن كان جنسين: فهو أجوز؛ لقوله صلىٰ الله عليه وسلم: (وإذا اختلف النوعان، فبيعوا كيف شئتم يداً بيد). انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٣٨.

[بيع حنطة بحنطة]

أما الذي يجوز البيع إذا تساويا في الكيل: فهو أنهما إذا تبايعا حنطة بحنطة وهما عتيقتان أو جديدتان، أو إحداهما عتيقة والأخرىٰ جديدة، وكذلك إذا تبايعا حنطة مقلية بحنطة غير مقلية، أو دقيق حنطة بدقيق حنطة، أو سويق حنطة بسويق حنطة، وتساويا في الكيل، فإنه يجوز، وكذلك حكم الشعير بالشعير على هذا، وكذلك إذا تبايعا تمراً بتمر كلاهما عتيق أو حديث، أو أحدهما عتيق والآخر حديث وتساويا في الكيل، يجوز بالإجماع.

وكذلك لو تبايعا عنباً بعنب، أو زبيباً بزبيب، وكذلك حكم ما أشبه ذلك من المكيلات إذا بيع بجنسه.

[بيع الحنطة بدقيق الحنطة]

وأما الوجه الذي لا يجوز تساويا في الكيل أو تفاضلا: فهو أنه إذا تبايعا حنطة مقلية بغير حنطة مقلية، أو باع الحنطة بدقيق الحنطة أو بسويقها، أو تمراً مطبوخاً بتمر غير مطبوخ، او حنطة مطبوخة بغير مطبوخة، فلا يجوز تفاضلا أو تساويا.

وبيع الحنطة بالخبز، والدقيق بالخبز يجوز[1]، وروي عن أبي حنيفة أنه قال: لا خير فيه لا يداً بيد ولا نسيئة، وروي عن أبي يوسف أنه قال: لا بأس بأن يسلم الخبز في الحنطة، وأما استقراض الخبز روي عن أبي حنيفة أنه قال: لا يجوز لا وزناً ولا عدداً، وروي عن أبي يوسف أنه قال: يجوز وزناً ولا يجوز عدداً، وروي عن محمد أنه قال: يجوز وزناً ويجوز عدداً[2].

---

(١) وفي الهداية: «ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلًا؛ لأن الخبز صار عدديًا أوموزوناً، فخرج من أن يكون مكيلاً من كل وجه، والحنطة مكيلة، وعن أبي حنيفة: أنه لا خير فيه، والفتوىٰ على الأول ...» ٣/ ١٠١١.

(٢) انظر: الهداية ٣/ ١٠٠٧، ١٠٠٨.

وقال محمد: ثلاث من الدناءة: استقراض الخبز وزنـاً، والجلوس في دكان الحَجَّام، والنظر في مِرْآته.

[بيع عنب بزبيب متساويـًا]

وأما الوجه الذي اختلفوا فيه: فهو أنهما إذا تبايعا تمراً برطب، أو رُطَبـًا بِبُسْرٍ، أو عنبـًا بزبيب وتساويا في الكيل، يجوز عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يجوز [تساويا أو تفاضلا، وبيع الكُفَرَّىٰ(١) بالبُسْرِ أو بالرُّطَبِ أو بالتمر يجوز كيفما كان بالإجماع](٢)؛ لأن الكُفَرَّىٰ عددي: وهو وعاء الطلع، وبيع الرطب بالرطب جائز عندنا، وعند الشافعي: لا يجوز(٣).

ولو تبايعا دقيق حنطة بسويق حنطة، لا يجوز البيع في قول أبي حنيفة تساويا في الكيل أو تفاضلا، كالمقلية(٤) بغير المقلية، وعندهما: يجوز تساويا أو تفاضلا؛ لأن الجنس قد اختلف، وحَدّ خلاف الجنس: أن لا يعود كل واحد منهما إلى حال صاحبه، وهاهنا/ لا يعود الدقيق سويقـًا ولا السويق دقيقـًا، فصار كالحنطة والشعير(٥). [١١٤-ب]

[بيع حنطة مبلولة بحنطة يابسة]

ولو تبايعا حنطة مبلولة بحنطة يابسة، أو حنطة ندية بحنطة جافة، يجوز في

(١) «والكُفَرَّىٰ بضم الكاف، وفتح الفاء، وتشديد الراء-: كمُّ النخل؛ لأنه يستر ما في جوفه». المغرب (كفر).

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

(٣) بدليل: «أنه لا يعلم التماثل بينهما في حال الكمال والادخار، فلم يجز بيع أحدهما بالآخر، وهذا هو الراجح، واتفق عليه الجمهور والأصحاب، غير المزني والروياني». المجموع ١٠/ ٣٠٢. انظر: المنهاج ص ٢١٣.

(٤) في م (كالمقلية) فقط.

(٥) انظر: الهداية ٣/ ١٠٠٩.

قول أبي حنيفة وأبي يوسف إذا تساويا في الكيل، وقال محمد: لا يجوز.

فأبو حنيفة مَرّ على أصله؛ لأن من أصله: أنه يعتبر التساوي في الحال ولا يعتبر النقصان الواقع في المال، كما قال في بيع الرطب بالتمر، ومحمد أيضاً مَرّ على أصله؛ لأنه يجعل النقصان الواقع في المال معتبراً في الحال كما في بيع الرطب بالتمر، وأبو يوسف فَرّق بينهما فقال في الرطب والتمر: لا يجوز، وفي المبلولة بغير المبلولة: يجوز؛ لأن القياس يوجب أن يجوز بيع الرطب بالتمر إذا تساويا في الكيل كما قاله أبو حنيفة؛ لأنَّ الرُّطَب [تمرٌ، إلاّ أن] الشرع ورد بخلاف القياس وأوجب إبطاله، وهو ما روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنه سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال: «**أو ينقص إذا جَفَّ؟**» فقيل: نعم، فقال: «**لا إذاً**»(١).

والمعدول به عن القياس لا يقاس عليه غيره، وكذلك هذا الاختلاف فيما إذا تبايعا زبيباً منقعاً بزبيب غير منقع.

ولو تبايعا حنطة مبلولة بحنطة مبلولة، أو ندية بندية، أو زبيباً منقعاً بزبيب منقع، أو تمراً منقعاً بتمر منقع، فعلىٰ هذا الاختلاف عند أبي حنيفة وأبي يوسف: يجوز إذا تساويا في الكيل، وعند محمد: لا يجوز.

فأبو حنيفة وأبو يوسف: مَرَّا على أصلهما كما قالا في بيع الرطب بالرطب، ومحمد فرّق بينهما فقال: إن في الرطب بالرطب تساويا في الحال، وإنما يقع النقصان بعدما يصيران تمراً، فما دام رطباً التساوي قائم، وهما قد شرعا في بيع الرطب بالرطب، وهاهنا يقع النقصان في المال، واسم الحنطة قائم، فإذا باع حنطة

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (١٣١٦)؛ وابن ماجه (٢٢٦٤)؛ وابن حبان في صحيحه (٤٩٩٧)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٣/ ٤٩؛ وغيره بلفظ النهي، قال الزيلعي: «قال الحاكم: هذا الحديث صحيح؛ لإجماع أئمة النقل على إمامة مالك بن أنس، وأنه محكم لكل ما يرويه في الحديث؛ إذ لم يوجد في رواياته إلا الصحيح، خصوصاً في حديث أهل المدينة ...»، نصب الراية ٤/ ٤١. انظر: التخليص الحبير ٣/ ٩،١٠.

بحنطة لا يدرىٰ تساويهما، فلا يجوز.

[اشترىٰ شيئين ورأىٰ بأحدهما عيبًا]

قال: وإذا اشترىٰ الرجل: شيئين كثوبين، أو عبدين فلم يقبضهما حتى رأىٰ بأحدهما عيبًا، فإنه يردهما جميعًا، أو يأخذهما جميعًا.

المبيع لا يخلو: إما أن يكون شيئًا واحداً، أو يكون شيئين في الحقيقية، وفي الحكم كشيء واحد من حيث لا يقوم أحدهما بدون صاحبه كمِصْرَاعَيْ باب، أو زَوْج خُفٍّ، أو نَعْلٍ، أو مِكْعَبٍ، أو يكون شيئين [حكمًا وحقيقةً]، أو أشياء ليس في الحكم كشيء واحد كثوبين، أو عبدين، أو دآبَّتَيْن، أو ما أشبه ذلك مما يقوم كل واحد منهما بدون صاحبه.

[أحوال الحادث في المبيع]

ثم الحادث في المبيع نوعان: عيب، واستحقاق، والأحوال ثلاثة: قبل قبض الجميع، أو بعد قبض الجميع، أو بعد قبض البعض دون البعض.

أما إذا وجد ببعض المبيع عيباً قبل قبض الكل، وكان ذلك العيب موجوداً وقت العقد، ولم يعلمه المشتري وقت الشراء، أو حدث بعد العقد في يد البائع، فالمشتري بالخيار: إن شاء رضي بالجميع ولزمه جميع الثمن، وإن شاء رَدَّ الكُلَّ، فليس له أن يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن، وكذلك ليس للبائع أن يقبل المعيب خاصة ويلزمه الباقي بحصته من الثمن، إلاّ إذا تراضيا جميعاً على رد المعيب وأخذ الباقي بحصته من الثمن، فلهما ذلك.

وإنما قلنا: إن الحكم يوجب رَدَّ الكل [أو إمساكه]؛ لأن الصفقة قبل القبض غير تامة، والصفقة قبل تمامها لا تحتمل التفريق، وإنما قلنا إن الصفقة غير تامة

قبل القبض؛ لأن المشتري إذا وجد به عيباً ينفسخ البيع بنفس الرد، ولا يحتاج إلى قضاء القاضي ولا إلى رضا البائع، وليس من علامة تمام الصفقة أن ينفسخ برضا أحد العاقدين دون الآخر، وكذلك حدوث العيب قبل القبض كحدوثه قبل العقد(١).

[التَّفْرِيْقُ فِي الصَّفْقَةِ قَبْلَ تَمَامِهَا]

[١١٥-أ] وقولنا: إن الصفقة قبل تمامها لا تحتمل التفريق؛ لأن المشتري / لو قيد(٢) البيع في الابتداء في البعض دون البعض، لا يصح لهذا المعنىٰ، ولو قبض بعض المعقود عليه ولم يقبض البعض، ثم وجد بالمقبوض عيباً أو بما بقي، فحكم هذا الفصل كحكم الفصل الأول في جميع ما ذكرنا(٣)؛ لأن الصفقة لم تتم بعد، سواء كان المعقود عليه شيئاً واحداً أو شيئين في الحكم كشيء واحد، أو شيئين في الحكم ليسا كشيء واحد.

ولو قبض جميع المعقود عليه، ثم وجد ببعضه عيباً كان عند العقد، أو حدث بعد العقد قبل القبض، فإنه ينظر: إن كان المبيع شيئاً واحداً: كالدار، والكَرْم، والثوب، أو كَيْلِيًّا، أو وَزْنِيًّا في وعاء واحد، أو في صُرَّةٍ واحدة، أو شيئين في الحكم كشيء واحد؛ (فالمشتري بالخيار: إن شاء رضي بالكل بجميع الثمن، وإن شاء رَدَّ الكل، وليس له أن يرد البعض دون البعض؛ لأنه يكون رداً بزيادة عيب، وهو ظلم؛ إذ [الأشقاص](٤) في الأعيان عيب.

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٤٠.

(٢) في م (لو قبل المشتري أو قبل البيع).

(٣) قال الجصاص: «الأصل في ذلك: أنه ليس لأحد من المتبايعين تفريق الصفقة على صاحبه في الأثمان، وله تفريق الصفقة عليه في الفسخ»، ٣/ ٤٠.

(٤) الكلمة في أ كأنها (الانتقاص)، وفي م غير واضحة، ولعل المثبت هو الذي يدل عليه السياق؛ إذ الشقص: هو الجزء والطائفة من الشيء.

[التَّفْرِيْقُ إِذَا تَمَّتِ الصَفْقَةُ]

وإذا كان المبيع شيئين، أو أشياء ليس في الحكم كشيء واحد)[١] فالثياب [والعبيد وغيرهما]، أو كَيْليًّا أو وَزْنيًّا في أوْعِيَةٍ مختلفة، فالمشتري بالخيار: إن شاء رضي به ولزمه جميع الثمن، وإن شاء رَدَّ المعيب خاصة، وليس له أن يرد الكل، والحكم يوجب رد المعيب خاصة، إلاّ إذا تراضيا على رَدِّ الكل، فلهما ذلك، وليس له أن يرد [العيب] إلا بقضاء القاضي أو برضا البائع؛ لأن الصفقة قد تمت، والصفقة بعد تمامها لا تحتمل التفريق، وإنما يرد المعيب خاصة [بحصته] من الثمن غير معيب؛ لأن ثمن المعيب يدخل في العقد سليماً من العيوب.

ولو كان في البيع: خيار شرط، أو خيار رؤية، فإذا أراد أن يرد البعض دون البعض، ليس له ذلك، سواء كان قبل قبض الكل، أو بعد قبض الكل، أو بعد قبض البعض دون البعض؛ لأن خيار الشرط وخيار الرؤية: يمنعان تمام الصفقة، والصفقة قبل تمامها لا تحتمل التفريق.

وإنما قلنا: إنه يمنع تمام الصفقة: أنه يرده من غير قضاء ولا رضا، سواء كان قبل القبض أو بعده، وسواء كان المعقود عليه شيئاً واحداً أو أشياء مختلفة، ومتىٰ عجز عن رَدِّ البعض لزمه الكل.

وأما إذا استحق ينظر: إن استحق بعض المعقود عليه قبل القبض، بطل البيع في مقدار المستحق، والمشتري بالخيار في الباقي: إن شاء رضي بحصته من الثمن، وإن شاء رَدَّهُ، سواء كان استحقاق ما استحق يورث العيب في الباقي أو لا يورث؛ لأن الصفقة قد تفرقت على المشتري قبل التمام لعدم رضاه، وصار كعيب لَحِقَ بالسلعة، وكذلك إذا كان الاستحقاق بعد قبض البعض دون البعض، استحق المقبوض أو غير المقبوض، فالجواب ما ذكرناه.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

ولو قبض الكل ثم استحق بعضه، فإن البيع يبطل في مقدار المستحق، ثم ينظر: إن كان استحقاق ما استحق يورث العيب في الباقي، كما إذا كان المعقود عليه شيئاً واحداً، مما في تبعيضه ضرر: كالدار، والكرم، والأرض، والعبد وغيرها، فالمشتري بالخيار في الباقي: إن شاء رضي بحصته من الثمن، وإن شاء رَدَّ؛ [إذ الانتقاص] في الأعيان عيب، وكذلك إذا كان المعقود عليه شيئين في الحكم كشيء واحد، فاستحق أحدهما، فله الخيار في الباقي.

وإن كان استحقاق ما استحق لا يورث العيب في الباقي، كما إذا كان المعقود عليه ثوبين، أو عبدين، فاستحق أحدهما، أو صُبرة حنطة، أو حملة وزني، فاستحق بعضه، فإنه لا ضرر في تبعيضه، فيلزم الباقي المشتري بحصته من الثمن، وليس له خيار الرد[١].

[العَيْبُ فِي ثَمَنِ الصَّرْفِ]

(قال: وإذا وجد الرجل درهما معيبًا في دراهم صرفها)[٢] فهذا لا يخلو من خمسة أوجه: إما أن وجدها زيوفًا[٣] أو نبهرجة، أو ستوقًا، أو رصاصًا، أو استحق عليه، ولا يخلو: إما/ أن يظهر ذلك قبل الافتراق، أو بعده، ولا يخلو: إما أن يجد كلها، أو بعضها. [١١٥-ب]

وكذلك هذه الفصول كلها في مسألة السَّلَم: وهو أن يُسْلِمَ الرجل عشرة دراهم في كُرّ حنطة، ويسلم العشرة إلى المسلم إليه، ثم وجدها [المسلم] إليه على ما ذكرنا، أما إذا وجد ذلك قبل الافتراق فإنه ينظر: إن وجدها زيوفًا ونبهرجة، كلها

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٤١.

(٢) مختصر الطحاوي ص٧٧.

(٣) زيف من زيف: زافت عليه دراهمه: أي: صارت مردودة عليه لغش فيها، وقد زيّفتْ إذا رُدَّت، ودرهم زَيْفٌ، وزَائِف، ودراهم زُيُوف وزُيَّف، وقيل: هي دون البهرج في الرداءة؛ لأن الزيف ما يراده بيت المال، والبهرج ما يرده التجار». المغرب (زيف).

أو بعضها، فله الخيار: إن شاء تجوز بها ورضي؛ لأن الزيوف والنبهرجة من جنس حقه، إلاّ أن به عيباً، فإذا تجوز به ورضي، فقد [أبرأه] عن العيب، فجاز ذلك.

وكذلك لو علم وقت ما قبضها أنها زيوف أو نبهرجة، وقبضها مع العلم، فصار راضياً من طريق الدليل، وكذلك إذا أضاف إليها العقد وهو يعلم أنها زيوف أو نبهرجة، كان ذلك منه رضاً.

وإن كان لا يعلم وقت العقد ولا وقت القبض، فله أن يردها ويأخذ الجياد، ولا يبطل بالرد؛ لأنه بالرد انفسخ القبض، وعدم القبض ما داما في المجلس عفو، فإن وجدها ستوقةً أو رصاصاً [فتَجَوَّزَ لم تجز؛ لأن الستوقة والرصاص ليستا من جنس حقه، فلو جاز الراضي][1] به يكون استبدالاً، والاستبدال ببدل الصرف قبل القبض لا يجوز.

وكذلك لو علم ذلك قبل القبض وقبضها، لا يجوز؛ لأن العقد أوجب الدراهم الجياد، فلو جاز الرضا به يكون استبدالاً، وله أن يردها ويأخذ الدراهم الجياد؛ لأن عدم النقد في المجلس معفو.

ولو علم أنها ستوقة أو رصاص وقت العقد، فإنه ينظر: إن علم بالبيان [والتسمية] نحو أن يقول المشتري: اشتريت منك هذا الدينار بهذه الدراهم الستوقة والرصاص، فالبيع جائز، ويتعلق العقد بعينها، ويتعين العقد بمنزلة العَرَض؛ لأنها لا تروج، وإن لم يسم أنها ستوقة أو رصاص، ولكنه قال: اشتريت منك هذا الدينار بهذه الدراهم، وأشار إلى الستوق والرصاص، فإن كانا يعلمان جميعاً أنها ستوقة أو رصاص، ويعلم كل واحد منهما أن صاحبه يعلم، فإن العقد يتعلق [بهما] بعينها كالمسألة الأولىٰ، وإن كانا لا يعلمان ذلك، أو يعلم أحدهما ولا يعلم الآخر، أو يعلمان جميعاً، ولا يعلم كل واحد منهما أن صاحبه يعلم بذلك، فالعقد لا يتعلق

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

[بها] بعينها، ولكن يتعلق العقد بذلك القدر من الدراهم الجياد، حتى أنه لو تَجَوَّزَ بالستوقة والرصاص، لم يجز.

وأما إذا استحق فأخذها المستحق [بطل القبض]، فله أن يرجع بمثلها ولا يبطل العقد؛ لأن عدم القبض في المجلس عفو.

وإن أجاز المستحق ذلك فإنه ينظر: إن حصلت إجازته بعد القبض في المجلس عفو، وإن أجاز المستحق ذلك فإنه ينظر: إن حصلت إجازته بعد القبض جاز القبض، وليس للمستحق على المقبوض من سبيل، وله أن يرجع على الناقد، وإن حصلت إجازته قبل القبض، فوجود الإجازة وعدمها سواء، وله أن يأخذ دراهمه ولا يبطل العقد، وله أن يأخذ مثلها؛ لأنها [لا] تتعين للعقد، وهذا كله إذا كان قبل الافتراق.

وأما إذا كان بعد الافتراق فإنه ينظر: إن ظهر أنها ستوقة أو رصاص، فإن وجد الكل ستوقاً أو رصاصاً، فإنه يبطل الصرف، وعلى الآخر أن يَرُدَّ الدينار ويسترد الدراهم الستوقة والرصاص بعينها، وله الخيار: إن شاء رَدَّ ما قبض من الدينار، وإن شاء رد مثله؛ لأنه قبضه عن عقد صحيح، ثم بطل العقد لمعنىً عارض، ولم يتبين فساد العقد من الأصل حتى / يثبت له استرداد الدينار بعينه. [١١٦-أ]

وإن وجد البعضَ ستوقاً أو رصاصاً، بطل من الصرف بإزائه قَلَّ أو كثر، ويسترد الستوق والرصاص، فيرجع بإزائه من الدينار، وقابض الدينار بالخيار: إن شاء رد عين الدينار، وإن شاء رد بمثله.

وذكر الطحاوي في الكتاب: أن بائع الدينار يكون شريكاً في الدينار المقبوض بقدر الستوق والرصاص(١).

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٧٧.

وهذا غير سديد؛ لأنه لم يظهر فساد العقد من الأصل[١].

وإن استحقت الدراهم كلها وأخذها المستحق بطل الصرف، وعلى مشتري الدينار أن يرد الدينار المقبوض بعينه أو مثله، والخيار إليه، وإن استحق بعضها وأخذها المستحق، بطل من الصرف بإزائه، وعليه أن يرد من الدينار بإزاء المستحق أو مثله، بخلاف ما ذكره الطحاوي أنه يكون شريكاً في عينه.

ولو أن المستحق لم يأخذ وأجاز [جاز، وسلم المقبوض للقابض، وتمّ العقد بينهما، ويرجع المستحق على الناقد بمثله، فإن وجدها][٢] زيوفاً أو نبهرجة، وجَوّز بها جاز، ولو ردّها قال زفر: ينقض العقد في قدر المردود قَلَّ ذلك أو كثر، وهو القياس.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يبطل العقد بالرد قَلَّ أو كثر، ويستبدله في مجلس الرد، وقال أبو حنيفة: إن كان المردود قليلاً لا يبطل بالرد، ويستبدله في مجلس الرد كما قال، وإن كان المردود كثيراً يبطل [العقد] بإزائه كما قال زفر.

والحد الفاصل بين القليل والكثير فيه ثلاثة روايات: ففي الروايات كلها: الثُّلُثُ قليل، ثم في رواية عنه: إذا كان أكثر من الثلث، وفي رواية أخرىٰ: النصف، وفي رواية أخرىٰ: إذا كان أكثر من النصف، وهذا كله إذا كان بدل الدينار دراهم لا يتعيّن للعقد.

---

(١) ووجه الجصاص ذلك بقوله: «فإن محمداً قد أطلق نحو ذلك في كتاب الصرف، ومعناه: أنه يشاركه في دينار، إن شاء كان ذلك الدينار، وإن شاء غيره.

ولا يستحق بيِّع الدينار بانتقاص الصرف بعد صحته؛ لأن من أصلهم: أن رجلاً لو اشترى عبداً بألف درهم، وقبض البيِّع [البائع] الدراهم، ثم مات العبد قبل القبض، لم يستحق المشتري غير تلك الدراهم، وكان للبيِّع أن يعطيه غيرها؛ وذلك لأنها لم تملك بالعقد، وإنما ملكت بالقبض، وما لم يملك بالعقد، لم ينتقض الملك فيه بانتقاض العقد». شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٤٣.

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ، والزيادة من م.

وأما إذا بدله مما يتعين للعقد نحو: أن يشتري قُلْب الفضة، أو إناء فضة، أو تِبْراً من فضة [بدينار]، وتقابضها ثم وجد المصوغ أو التبر معيباً، فإن رضي بعيبه جاز، وإن لم يرض رَدَّه بطل العقد، سواء كان قبل الافتراق أو بعده؛ لأنه كما تعين للعقد فتعين للفسخ والرد، وقابض الدينار بالخيار: إن شار رَدَّ عين المقبوض، وإن شاء رَدَّ مثله؛ لأنه قبض الدينار عن عقد صحيح، وإنما بطل العقد لمعنىً عارض، والدراهم والدنانير لا يتعينان للعقد، فكذلك لا يتعينان للرد والفسخ، إلاَّ إذا كان ظهر فساد العقد من الأصل نحو: أن يستحق المبيع، أو وجده بخلاف جنس مما سَمَّاه، وإنما فسد العقد [من الأصل] ليستردَّ منه عين الدينار إن كان قائماً، ومثله إن كان هالكاً، ولو تصرف فيه أو أخرجه عن ملكه، فلا ينفسخ عليه تصرفه، كما في المقبوض بالعقد الفاسد، وعليه مثله، وكذلك لو قبض الدراهم في عقد صحيح [يتعلق] بالقبض قبل الافتراق، ثم وجدها زيوفاً أو رصاصاً، أو استحقت عليه، أو وجدها زيوفاً أو نبهرجة كلها أو بعضها قبل التفرق بالأبدان أو بعده، كما لو كان له على رجل دنانير فصالحه منها على دراهم، أو كان له على آخر كيلي أو وزني مما يثبت في الذمة مثله ديناً فصالحه منه على دراهم، أو ما أشبه ذلك مما يكون قبض الدراهم قبل التفرق بالأبدان شرط لصحة العقد، ثم وجد بعض ما ذكرنا، فالحكم فيه ما ذكرنا[1].

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٧٥ - ٧٧؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٨ وما بعدها.

باب العَرِيَّة(١)

[تفسير العرية]

قال الشيخ الإمام رضي الله عنه: أورد هذا الباب لتفسير العَرِيَّة التي وردت الرخصة فيها من رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم.

روي عنه صلىٰ الله عليه وسلم (أنه نهىٰ عن المزابنة والمحاقلة، ورخص في العرايا)(٢)، وقال بعضهم: المزابنة: المعاملة، والمحاقلة: المزراعة، فإن كان المراد من المنهي / [هذا بالخبر] حجة لأبي حنيفة رضي الله عنه على صاحبيه في [١١٦-ب] فساد المزارعة والمعاملة.

وقال بعضهم: المزابنة: هي بيع التمر على رؤوس النخل بتمر مجدود مثله كمثله خرصًا، والمحاقلة: هي بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا. [وهذا مما لا يقول أحد](٣).

ثم [لو كان] تفسير العرية عند الشافعي: أن يبيع الرجل من الرجل تمراً علىٰ رؤوس النخيل بتمر قدره كيلًا بكيل خرصا(٤)، ويجوز ذلك عنده إذا كان دون خمسة

---

(١) «العَرِيَّة من عروت الرجل-: أتيته طالباً معروفه (عَرواً)، والعرية: هي النخلة يُعْرِيها صاحبها رجلاً محتاجاً، أي: يجعل له ثمرتها عامها». المغرب (عرو).

(٢) أخرجه البخاري (٢٠٦٤)؛ ومسلم (١٥٤٠).

(٣) وإنما حرمت المحاقلة والمزابنة؛ لأنهما من الكيل أو الوزن، وليس يجوز إذا كانا من جنس واحد إلاَّ مثلاً بمثل، يداً بيد، وهو مجهول لا يدرىٰ أيهما أكثر. انظر: النظم المستعذب في شرح غريب المهذب ١/ ٢٧٥.

(٤) كما روىٰ الشافعي في الأم من حديث سهل: (نهىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم عن بيع =

أوسق، ولا يجوز إذا كان أكثر من خمسة أوسق، وفي خمسة أوسق له قولان[١].

[تَعْرِيْفُ العَرِيَّةِ الَّتِي وَرَدَتِ الرُّخْصَةُ بِهَا]

وتفسير العرية عندنا التي وردت الرخصة فيها من رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: هي العطية[٢]: **(وهي أن يعري الرجلُ الرجلَ ثمر نخلته، أن يعطيه ويهب له ولا يجذها المُعْرىٰ له حتى يبدو [للمعري] أن يمنعها عنه؛ لمشقة تدخل عليه في دخول المُعْرىٰ له في بستانه، ويعطيه مثلها من المجذوذ، فيخرج المعري من حكم من وعده وعداً ثم أخلفه، ويخرج المعرىٰ له من حكم من أخذ بيد شيء لم يملكه)**[٣]؛ لأنه لا يملكه بنفس الهبة، فهاهنا في الظاهر يترايا ويتصور بصورة البيع والشراء، وليس في الحقيقة، والباطن بيع بينهما.

وروي عن عطاء ومالك وابن جُرَيج: أنهم فسروا العرية على ما ذكرنا، والدليل على أن العرية في اللغة عبارة عن العطية، قول حسان بن ثابت في صفة النخيل.

وليست بسَنْهاء ولا رُجَّبِيَّةٍ ... ولكن عَرَايا في السنين الجَوَائِحِ[٤]

إذا وهب لرجل شيئاً هو متصل بغيره مما لم تقع عليه الهبة، فالهبة لا تصح، إلّا إذا وقع الفصل والتمييز والقبض بإذن الواهب، حينئذٍ تجوز الهبة استحساناً،

= التمر بالتمر، إلَّا أنه رخّص في العَرِيَّةِ: أن تباع بخرصها تمرًا يأكلها أهلها رُطَبًا) ص٤٧٤ (بيت الأفكار)؛ وأخرجه البخاري (٢١٩١)؛ مسلم (١٥٤٠).

(١) القول الأول: هو عدم الجواز، وهو المختار، والراجح: المنع، وهو الأظهر والأصح، كما ذكره النووي. انظر: الأم ص٤٧٣؛ المهذب ٣/ ٨٠؛ المجموع ١١/ ٤٧، ٤٩.

(٢) وهذا ما أكده الجصاص بقوله: «... العرية عندهم: هي الهبة؛ وذلك لأنها مشتقة من العارية، والعارية إنما هي تمليك المنافع بغير بدل، فكان اسم العرية بالهبة أولىٰ منه بالبيع: الذي هو تمليك ببدل». شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٤٤.

(٣) مختصر الطحاوي ص٧٨.

(٤) كما ذكر الجوهري في الصحاح (عري)، يعني: أنها موهوبة التمر في هذه السنين.

نحو: أن يهب لرجل تمراً على رؤوس النخيل وخلىٰ بينه وبين الموهوب لسلبه من غير فصل، فالهبة باطلة؛ لأن هذه هبة المشاع فيما تحتمل القسمة، وذلك باطل إلاّ إذا حصل الفصل والتمييز من الموهوب له بإذن الواهب، حينئذٍ يجوز استحسانـًا.

والقياس: أن لا يجوز، وهو قول زفر.

فلو فصله الموهوب له وقبضه بغير إذن الواهب، لا تصح الهبة قياساً واستحسانـًا، سواء كان الفصل والقبض بحضرة الواهب أو بغير حضرته.

[أثر القبض وعدمه في الهبة]

وكذلك لو وهب الأشجار النابتة على الأرض دون الأرض، [أو وهب زرعـًا متصلاً بالأرض غير محصود دون الأرض، أو وهب البناء دون الأرض][(١)]، أو وهب حلية السيف دون السيف، أو وهب قفيز حنطة من هذه الصُّبْرَة، أو وهب صوفـًا على ظهر الغنم، أو وهب دَيْنـًا له في ذمة إنسان لآخر، وما أشبه ذلك، فإن الهبة فاسدة، إلا إذا وقع الفصل والتمييز والقبض بإذن الواهب.

ولو وهب شيئـًا [مفرزاً][(٢)] غير متصل بغيره، [قبضه] الموهوب له [بأمر] الواهب، صَحَّ ذلك سواء قبضه بحضرته أو بغير حضرته.

ولو قبضه بغير أمره بعد التفرق، فلا تصح الهبة، ولو قبضه بحضرته بغير أمره [قبل التفرق]، القياس: أن لا يصح، وفي الاستحسان: يصح.

وكذلك هذا في البيع الفاسد إذا قبضه بحضرة البائع بغير أمره، ملكه المشتري؛ لأن البيع الفاسد لا يوقع المِلك إلا بالقبض بإذن البائع كالهبة، والبائع قصد

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ، والزيادة من م.
(٢) في أ (مقرنـًا)، والمثبت من م.

تمليكه، فصار هذا كالإذن له دليلاً، وفي البيع الجائز إذا قبضه المشتري بحضرته قبل أن ينقد الثمن، لم يكن ذاك إذناً منه بالقبض، فله أن يسترد ليحبسه بالثمن.

الأصل: أن الهبة صحتها بالقبض، فإذا صح القبض صحت الهبة، وإن لم يصح القبض لم تصح الهبة(١).

وبيان ذلك: إذا وهب الرجل لرجل داراً فيها متاع الواهب، وسَلَّم الدار إليه، أو سلّم الدار مع [ما] فيها من المتاع، فإن الهبة لا تصح؛ لأن الدار [١١٧-أ] مشغولة بما فيها من المتاع، والفراغ شرط لصحة التسليم، والحيلة في صحة التسليم: أن يودع المتاع أولاً عند الموهوب له، ويخلي بينه وبين المتاع، ثم يسلم الدار إليه، فتصح الهبة فيها؛ لأنها مشغولة بمتاع هو في يد الموهوب له، فلا يمنع صحة قبضها.

وبمثله لو وهب ما فيها من المتاع دون الدار، وخلىٰ بينها وبين الموهوب له، صَحّت الهبة؛ لأن المتاع لا يكون مشغولاً بالدار.

ولو وهب الدار وما فيها من المتاع وخلىٰ بينه وبينها، صَحَّت الهبة فيهما جميعاً.

ولو فرق الهبة [فيهما] فهذا على وجهين: إما أن يجمع في التسليم، أو يفرق: فإن جمع في التسليم، صَحَّت الهبة فيهما جميعـاً، وإن فَرَّق في التسليم نحو أن يهبه أحدهما ويسلم، ثم يهب الآخر ويسلم، فإنه ينظر: إن قَدَّم هبة الدار فالهبة في الدار لا تصح، وفي المتاع تصح؛ لأن التسليم في الدار لم يصح؛ لأنها كانت مشغولة بمتاع الواهب وقت التسليم، وإن قدم هبة المتاع، فالهبة صحيحة فيهما جميعـاً؛ لأن الدار وقت تسليمها كانت مشغولة بمتاع في ملك الموهوب له، فلا يمنع القبض.

---

(١) انظر: خزانة الفقه ص٢٠٦؛ مختصر القدوري (مع الترجيح) ص٢٧٧؛ الهداية ٣/ ١٢٥٦.

[هبة الأرض دون الزرع أو العكس]

ولو وهب الأرض دون الزرع، أو وهب الزرع دون الأرض، أو وهب الأشجار دون الثمار، أو وهب الثمار دون الأشجار، وخلىٰ بينه وبين الموهوب له، قال: الهبة فاسدة في الوجهين جميعاً؛ لأن كل واحد منهما متصل بصاحبه اتصال [جزء بجزئه][1]، فصار بمنزلة هبة المشاع فيما يحتمل القسمة، وذاك باطل، بخلاف ما إذا وهب (المتاع دون الدار، إنها إنما تصح؛ لأنه غير متصل بها اتصال [جزء بجزئه])[2].

ولو وهب كل واحد منهما على حدة، كما إذا وهب الأرض ثم الزرع، أو الزرع ثم الأرض، إن جمع في التسليم، جازت الهبة فيهما جميعاً، وإن فرق في التسليم لا تجوز الهبة فيهما، أيهما ما قدم سواء، وهذا كما إذا وهب الرجل نصف داره مشاعاً ولم يسلم، ثم وهب النصف الباقي (وسلم الجملة جاز، ولو وهب النصف وسلم، ثم وهب النصف الباقي وسلم)[3]، فإنه لا تصح الهبة، كذلك هاهنا.

ولو وهب له جميع الدار هبة صحيحة، ثم فرق في التسليم، جاز[4].

---

(١) طمس في أ غير مقروء، والمثبت من م.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٤) انظر: الهداية ٣/ ١٢٦٢، ١٢٦٣.

باب بيع أصول النخل والشجر والثمار

[بيع الشجر وفيه ثمر قد بدا فيها]

قال الشيخ رحمه الله: (**إذا باع الرجل شجراً أو نخلاً فيه ثمر قد بدا فيها، فالثمر للبائع، وعليه قلعه من شجر المشتري**)[١].

إذا اشترىٰ الرجل نخلة أو شجرة فإنه لا يخلو: إما أن يكون الثمر موجوداً وقت الشراء، أو أثمر بعد العقد قبل القبض، ولا يخلو: إما أن يشتريها مع الأرض، أو بدون الأرض، والثمن لا يخلو: إما أن يكون من جنس الثمر، أو من خلافه.

أما إذا كان الثمر موجوداً وقت الشراء وقد اشتراها بخلافه، فإن الثمر لا يدخل في العقد إلا بالشرط، سواء اشترىٰ الشجرة وحدها أو مع الأرض، وعلى البائع أن يقطع ثمرته من شجر المشتري، وليس له أن يتركهما إلى جذاذها ولا إلى غيره، وسواء أَبَّرَ أو لم يؤبِّر[٢]، بعد أن ظهر من الشجر وبان فيها[٣].

وإن تركها إلى وقت الإدراك على الشجر، فإنه ينظر: إن تركه بإذن المشتري

---

(١) وفي المختصر: «ويقطعه من شجر المشتري، سواء أبّره أو لم يؤبِّره»، وقد أورد المؤلف ذلك في مضامين المسألة. انظر: مختصر الطحاوي ص٧٨.

(٢) والتأبير من أَبَرَ النخل أَبْراً وإباراً وإبارةً-: لقَّحه، «وتلقيح النخل بشق طلع النخلة الأنثىٰ، ووضع شيء من طلع النخلة الذكر في هذا الشق». كما في معجم لغة الفقهاء (التأبير).

(٣) «وذلك لِمَا روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (من باع نخلًا مؤبَّرًا، فثمرته للبيِّع، إلا أن يشترط المبتاع) [البخاري (٢٠٩٠)؛ ومسلم (١٥٤٣)]، أفادنا بذلك: أن كل ما كان لقطعه نهاية في العادة، فغير داخل في شراء الأصل، إلاّ بالشرط، مثل الزرع في الأرض»، كما قال الجصاص في شرحه ٣/ ٤٩.

طاب له الفضل، وإن تركها بغير إذن المشتري، فإنه ينظر: إن كان الثمر قد تناهىٰ عظمه ولم يبق إلاّ النضج، فتركها حتى نضجت فإنه يطيب له ذلك؛ لأنه لم توجد الزيادة في الكيل والوزن، وإن كان صغيراً أو لم يتناها عظمه، وتركه بغير إذن المشتري حتى أدرك، لا يطيب له الفضل في الكل.

[استئجار البائع الشجرة من المشتري لترك الثمر]

ولو استأجر البائع من المشتري الشجرة أو النخل؛ لترك الثمر وتركها حتى [أدركت]، فلا تجب الأجرة ويطيب له الفضل؛ لأن (جواز/ الإجارة بالاستحسان [١١٧-ب] للتعامل، ولا تعامل للناس في استئجار الأشجار لترك الثمار عليها، فلم تكن إجارة جائزة ولا فاسدة، ويطيب له الفضل)[١]؛ لأن الترك حصل بإذن المشتري، ولو شرط الثمر للمشتري فالشراء جائز، ويكون له الشجر مع الثمر، وينقسم الثمن على قيمة الثمر، وعلى قيمة الشجرة، [وقيمة الثمر يوم العقد][٢].

[هَلاَكُ الثَّمَرِ بِآفَةٍ، أو بِفِعْلِ البَائع، أو بِوُجُوْدِ عَيْبٍ]

ولو هلك بآفة سماوية، أو بفعل البائع قبل القبض، سقط عن المشتري حصته من الثمن، وله الخيار: إن شاء أخذ الشجر بحصته من الثمن، وإن شاء ترك؛ لأن الصفقة قد تفرقت عليه[٣].

ولو جَذّ البائع في أوانه والمجذوذ قائم بعينه ولم ينقصه الجذاذ، فلا خيار للمشتري.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ٧٨؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٥٠.

(٣) قال الجصاص: «صحة بقاء العقد عندنا، موقوفة على سلامة القبض ...، ويدل عليه قوله صلىٰ الله عليه وسلم: (أرأيت إن منع الله الثمرة، بم يستحل أحدكم مال أخيه) [البخاري (٢٠٨٦)؛ ومسلم (١٥٥٥)]». شرح المختصر ٣/ ٥٣.

وله أن يقبضها بجميع الثمن، فبعدما قبضها إن وجد بأحدهما عيباً، فله أن يرد المعيب خاصة؛ لأنه قبضهما وهما متفرقان، فصار كأنهما كانا متفرقين وقت العقد، بخلاف ما إذا جذّه المشتري بعد القبض، ثم وجد به عيباً، ليس له إلا أن يردهما جميعاً، أو يمسكهما جميعاً؛ لأنه مجتمع وقت العقد ووقت القبض، وإن كان الجذاذ في غير وقته ونقصه.

فإن كان البائع هو الذي جذّه قبل القبض، يطرح عن المشتري حصة النقصان، وله الخيار في الباقي، وإذا قبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً، له أن يرد المعيب خاصة.

وإن كان جذّه المشتري بعد القبض ثم وجد بأحدهما عيباً، له أن يردهما جميعاً، ولكن البائع بالخيار: إن شاء قبض ورد جميع الثمن، وإن شاء رد حصة المعيب.

وكذلك إذا اشترىٰ الشجر مع قراره من الأرض، وشرط الثمر للمشتري.

[نَمَاءُ الشَّجَرِ لمَالِكِه]

وأما إذا اشتراه والثمر غير موجود، ثم أثمر بعد الشراء قبل القبض فالثمر للمشتري؛ لأنه نمىٰ ملكه فهو لمالكه، فإن هلك قبل التسليم بآفة سماوية لا يطرح من الثمن شيء، فصار كأنه لم يكن، ولا خيار للمشتري.

ولو أكله البائع تطرح حصته من الثمن، ولا خيار للمشتري في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: له الخيار: إن شاء أخذ الشجر بحصته من الثمن، وإن شاء تركها كما إذا كان الثمر موجوداً وقت العقد، وأكله البائع، أن له الخيار بالإجماع، هذا كله إذا لم ينقص من البيع شيء.

وأما إذا نقص فله الخيار بالإجماع، وتطرح عنه حصته من الثمن، ونقصان الشجر من الثمن إذا كان بفعل البائع.

وكذلك الاختلاف فيه فيمن اشترىٰ شاة أو غيرها من المواشي، فولدت ولداً قبل القبض ولم تنقصها الولادة، ثم إن البائع استهلكه، فإنه تطرح عن المشتري حصته من الثمن على قيمة الأم يوم العقد، وعلى قيمة الولد يوم الاستهلاك، فتأخذ الأم بحصتها من الثمن، ولا خيار له في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف ومحمد: له الخيار، ولو نقصتها الولادة، فله الخيار بالإجماع.

ولو كان المبيع جارية فولدت قبل القبض، فقتل البائع ولدها؛ تطرح عن المشتري حصة الولد من الثمن، وإن لم تنقص الجارية في الولادة فعلىٰ الاختلاف، [فإن نقصتها الولادة، فله الخيار بالإجماع، ولا يسقط من الثمن]، وإن هلك الولد بآفة سماوية، فلا يطرح عن المشتري [من الثمن بشيء، ولا خيار للمشتري إذا لم تنقصها الولادة في قولهم جميعًا][(١)]، فإن نقصتها الولادة، فله الخيار بالإجماع: إن شاء أخذ الأم بجميع الثمن، وإن شاء ترك.

وإن لم تنقصها الولادة فلا خيار له، وكذلك حكم الثمر إذا حدث بعد العقد قبل القبض.

[المِلْك فيمَا إِذا اشْتَرَاه بجِنْسِه من الثَّمَر]

ولو اشتراه بجنسه من الثمر كما إذا اشترىٰ نخيلاً بِكُرٍّ من ثمر فارسي جيد، إن كان الثمر موجوداً وقت الشراء، فإن لم يتشرط ذلك للمشتري، فالثمر للبائع، والبيع جائز على ما ذكرنا، ولو شرطا ذلك للمشتري، أو ذكر ذلك قليلاً كان أو كثيراً، فإنه يدخل في البيع، ويعتبر الربا فيه إذا كان وقت الشراء بُسْراً أو رُطَباً أو تمراً، فلا يجوز البيع، إلا إذا كان كيل الثمر الذي هو ثمن، أكثر من كيل الثمر الموجود، فيصرف الثمن / إلى الثمر، والزيادة بإزاء النخيل. [١١٨-أ]

---

(١) ما بين المعقوفتين (في الموضعين) زيدت من م، ساقطة من أ.

وإن كان الثمر [كُفَرَّي] وقت العقد، فالبيع جائز كيفما كان؛ لأن بيع [الكُفَرَّي] بالثمر يجوز كيفما كان، وإذا اعتبر حكم الربا ففي الموضع الذي يجوز البيع، ينبغي أن يكون الثمن عَيْناً، وإن كان ديناً وتسلميه قبل التفرق بالأبدان شرط؛ لأنه كما لا يجوز التفاضل لا يجوز النَّسَأ.

ولو لم يكن الثمر موجوداً وقت العقد، [فأثمر] قبل القبض كُرّاً أو أكثر من ذلك، فالبيع لا يبطل، والثمر الحادث للمشتري؛ لأنه نمىٰ ملكه، إلا أنه يقسم الثمن على قيمة النخيل وقت العقد، وعلى قيمة الثمر يوم القبض، فيطيب له من الثمر مقدار حصة ذلك من الثمن؛ لأنه حصل له ذلك القدر بالبدل، ولا يطيب له الفضل ويتصدق به؛ لأنه ربح ما لم يضمن.

ولو قضىٰ الثمن من الثمر، فإنه ينظر: إن قضىٰ قبل القبض فقضاؤه باطل؛ لأنه تصرف في المعقود عليه قبل القبض، وذلك لا يجوز، فصار كأنه لم يوجد القضاء حتى أن الثمر لو هلك في يد البائع بآفة سماوية، جعل كأن لم يكن، ولا يطرح من الثمن شيء، وإن أكله البائع يطرح حصته من الثمن، وإن قبض المشتري الثمر ثم قضىٰ، فالقضاء جائز، وعليه أن يتصدق بما زاد على حصته من الثمر.

[شراء الشجر يُمَكِّن البائع بقلع الشجر؟]

وإذا اشترىٰ الشجر مع الثمر أو بغير الثمر على ما ذكرنا، هل للبائع أن يأمره بقلع الشجر وتفريغ أرضه أم لا؟

فهذا على ثلاثة أوجه: إما أن يشتريه للقلع [بأصله] بغير أرضه، أو يشتريه مع قراره من الأرض لا للقلع [بأصله]، أو اشتراه ولم يشترط واحداً منهما.

أما إذا اشتراه بغير أرضه، فإنه يؤمر بقلعه، وله أن يقلع الشجر بأصله، وعروقه لا تدخل في البيع، وليس له أن يحفر الأرض إلى ما تتناهىٰ إليه العروق، ولكنه

يقلعه على ما جرت عليه العادة والعرف، إلا إذا شرط البائع القلع على وجه الأرض، أو يكون القلع من أصله مضرة للبائع نحو: أن يكون بقرب الحائط، أو على حافة النهر، ويخاف عليه الشق، فإنه يقطعه على وجه الأرض.

فإن قلعه أو قطعه ثم نبت من أصله أو عروقه شجر، فالنابت للبائع ولا يكون للمشتري؛ لأنه رضي أن يكون المعقود عليه ما قطع، والباقي يبقىٰ للبائع، إلا إذا قطع من أعالي الشجر، فما ينبت منها يكون للمشتري؛ لأنه نمىٰ ملكه.

ولو اشترىٰ الشجر مع قراره من الأرض، فإنه لا يجبر على قلعه، ولو قلعه فله أن يغرس مكانه آخر؛ لأنه ملكه.

ولو اشتراه ولم يشترط واحداً منهما، ففي قول أبي يوسف: الأرض لا تدخل في البيع؛ لأن الأرض أصل والشجر تبع، ألا ترىٰ أنه لو اشترىٰ أرضـاً تدخل الأشجار فيها تبعـاً، ولا يجوز أن يستتبع التبع المتبوع.

وفي قول محمد: [يدخل] الشجر مع قراره من الأرض؛ لأنه اشتراه باسم الشجر، وإنما يسمىٰ شجراً مادام نابتـاً على الأرض، وبعد القلع يسمىٰ خشبة. ذكر الاختلاف في غير رواية الأصول.

وأجمعوا في الإقرار: أنه لو أقر لرجل بشجرة في أرضه، أو نخلة في أرضه، يكون للمقر له مع قرارها من الأرض، وهو حجة محمد على أبي يوسف.

ولو اشترىٰ أرضـاً فيها نخل وأشجار مثمرة، فإن كان عليها ثمر وقت الشراء وشرطا ذلك للمشتري، فإن الثمر له حصة من الثمن، فإن كانت قيمة الأرض خمسمائة، وقيمة الثمر كذلك، وقيمة النخل كذلك، فإن الثمن يقسم بينهم أثلاثـاً في قولهم جميعـاً، فإن فات الثمر بآفة سماوية، أو أكله البائع، يطرح من المشتري ثلث الثمن، وله الخيار: إن شاء أخذ الأرض والنخيل بثلثي الثمن، وإن شاء تركه بالإجماع؛ لأن الثمر معقود عليه فبفواته تفرقت الصفقة على المشتري قبل التمام / فله الخيار. [١١٨-ب]

وإن لم يكن الثمر موجوداً وقت العقد، وأثمر بعد العقد قبل القبض، فإن الثمر زيادة على الأرض والنخيل جميعاً في قول أبي حنيفة ومحمد، وفي قول أبي يوسف: الثمر زيادة في النخيل خاصة.

وبيانه: إذا كانت قيمة الأرض خمسمائة، وقيمة النخيل كذلك، وقيمة الثمر كذلك، فأكل البائع الثمر قبل القبض، فإنه يطرح عن المشتري ثلث الثمن في قولهما، ويأخذ الأرض والنخيل بثلثي الثمن، ولا خيار له في قول أبي حنيفة خاصة، وفي قول محمد: له الخيار.

وأما في قول أبي يوسف: يطرح عن المشتري رُبُع الثمن، وله الخيار: إن شاء أخذ الأرض والنخيل بثلاثة أرباع الثمن، وإن شاء ترك؛ لأن الثَّمَنَ ينقسم على النخيل وعلى الأرض نصفين، فما أصاب النخيل يقسم عليها وعلى الثمر نصفين، فكان حصة الثمر رُبُعَ الثَّمَن.

ولو فات الثمر بآفة سماوية، فإنه لا يطرح من الثمن شيء، ولا خيار للمشتري في قولهم جميعاً، إلا إذا أورث ذلك نقصاناً في النخيل، فيثبت له، ولا يطرح شيء من الثمن.

ولو كان ثمن الأرض خمسمائة، والنخيل خمسمائة، فإن الثمر في هذا الفصل زيادة على النخيل خاصة بالإجماع، فإذا أكله البائع يطرح عن المشتري من الثمن ربعه، ولا خيار للمشتري في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: له الخيار.

ولو أثمر في السنة الثانية ثمراً قيمته خمسمائة، فأكله البائع، يطرح عن المشتري نصف جميع الثمن في قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأن قيمة [الثمرتين] ألف درهم، وقيمة الأرض والنخيل ألف درهم، وفي قول أبي يوسف يطرح عن المشتري ثلث جميع الثمن؛ لأن النصف بإزاء الأرض، والنصف بإزاء النخيل، فكذلك النصف يقسم على النخيل وعلى الثمرتين أثلاثاً: ثلثاه بإزاء الثمرتين؛ لأن قيمتهما ألف

درهم، وثلثه: بإزاء النخيل؛ لأن قيمته خمسمائة، وثلثا النصف ثلث الكل، ولا خيار للمشتري في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وفي قولهما: له الخيار[١].

[بَيْعُ الثَّمر دُوْنَ الشَّجَرِ]

قال: **(وإذا اشترىٰ الثمرة دون الأرض فالشراء جائز، وعلى المشتري أن يجذّها من شجر البائع، أَبّرَتْ قبل ذلك، أو لم تُؤَبَّر)**[٢].

[اعلم] شراء الثمار لا تخلو: إما أن تكون قبل الطلوع أو بعد الطلوع، أما إذا كان قبل الطلوع لا يجوز؛ لأن المعقود عليه معدوم لا يدرىٰ أنه يثمر أم لا؟ وإن اشترىٰ بعد طلوع الثمر، جاز عندنا، وقال الشافعي: لا يجوز إلا بعد الإدراك[٣].

وقال بعض مشايخنا: إنما يجوز بعد الطلوع إذا كان الثمر بحال ينتفع به بوجه من الوجوه، فلو كان بحال لا ينتفع به بوجه من الوجوه لا يجوز.

إلا أن هذا غير سديد؛ لأن محمداً ذكر في كتاب الزكاة في باب العُشْر: لو باع الثمار في أول ما تطلع، وتركها المشتري بإذن البائع حتى أدركت، فالعشر على المشتري، فلو لم يكن الشراء جائزاً حينما طلع، لما وجب عشره على المشتري، وإنما جاز؛ لأنه اشترىٰ ثمرة موجودة لها صلاحية أن تصير منتفعاً بها في ثاني الحال، فيجوز البيع.

وإن لم يكن منتفعاً بها في الحال، كما لو اشترىٰ ولد جارية مولوداً في الحال، يجوز وإن لم يكن منتفعاً به في الحال، وكما لو اشترىٰ جرو كلب يجوز وإن كان

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ٧٨؛ وشرح المختصر ٣/ ٥٤، ٥٥.

(٢) مختصر الطحاوي ص ٧٨؛ وقال الجصاص: «لا خلاف بين الفقهاء في جواز شرائها إذا شرط قطعها، ولا خلاف في فساده إذا شرط الترك قبل بُدُوِّ صلاحها ...». شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٥٠.

(٣) انظر: المهذب ٣/ ١٠١؛ المجموع ١١/ ٣١٧.

في الحال غير منتفع به.

فإذا جاز الشراء فعلى المشتري أن يجذَّها في الحال من شجر البائع [وإذا أراد الترك إلى وقت الإدراك]، فليس له الترك إلى وقت الإدراك إلاّ بإذن البائع، فإن تركها بإذن البائع طاب له الفضل، وإن تركها بغير إذن البائع، فإنه ينظر: إن تناهى عظمها ولم يبق إلا النضج، فتركها حتى نضجت، طاب له الفضل؛ لأنه لم توجد الزيادة في الكيل والوزن، وإن كان وقت الشراء [صِغاراً] لم يتناها عظمها، / فلا يطيب له الفضل؛ لأنه استفاده من كسب خبيث، فلا يحل له، فسبيله التصدق. [١١٩-أ]

[اسْتِئْجَارُ الشَّجَر أو الأرضِ من البَائِعِ للتَّرْكِ إلى الإدْرَاك]

فإن استأجر من البائع الأشجار للترك إلى وقت الإدراك، وفعل ذلك، طاب له الفضل، ولا يجب [عليه] الأجر؛ لأن هذه إجارة لا نظير لها في الإجارات، فهو كما إذا استأجر أشجاراً ليبسط عليها الثياب للجفاف، أو استأجر وَتَداً يعلق عليه شيئاً، [أو كتباً ليقرأ](١) فيها، فالإجارة في هذا كله باطلة، ولا تجب الأجرة.

ولو اشتراها بشرط الترك إلى وقت الإدراك، فإنه ينظر: إن كان لم يبد صلاحها، فالبيع بهذا الشرط فاسد بالإجماع، وكذلك إذا كان قد بدا صلاحها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يجوز استحساناً لتعامل الناس.

ومن اشترى زرعاً وهو يقبل قبل الإدراك، فالشراء جائز، وعليه أن يحصده من أرض البائع، فإن تركه حتى أدرك، فإن كان الترك بإذن البائع طاب له الفضل، فإن تركه بغير إذن البائع لا يطيب له الفضل.

وإن استأجر من البائع الأرض إلى وقت الإدراك، فإنه ينظر: إن استأجرها إلى مدة معلومة بالأيام أو بالشهور [بأجرة إلى] مدة معلومة، جازت الإجارة؛ لأن

(١) العبارة غير واضحة في أ، وساقطة من م، والسياق يدل على ما ذكرت. والله أعلم.

استئجار الأرض بأجرة معلومة إلى مدة معلومة جائزة، ويطيب له الفضل، وإن استأجرها إجارة فاسدة كما إذا استأجرها إلى وقت الحصاد، وتركه حتى أدرك، فعليه أجر مثل الأرض، (ولا يجاوز به على المسمىٰ، ويطيب له الخارج بقدر ما ضمن من الثمن وأجر المثل)(١) ويتصدق بالفضل ولا يطيب له، بخلاف ما إذا استأجر الشجر؛ لأن هناك لا تجوز الإجارة بحال، فلم يكن للعقد أثر، فصار كأن الترك حصل بغير عقد بإذن البائع، وهاهنا تجوز الإجارة بحال، فيكون للعقد أثر، فإن كان العقد صحيحاً يطيب له الفضل، وإن كان فاسداً لا يطيب له الفضل(٢).

[شراء الزرع بشرط الترك إلى الإدراك]

ولو اشترىٰ الزرع بشرط الترك إلى وقت الإدراك، فإن الشراء بهذه الشروط فاسد بالإجماع، أما على قولهما: فلا يشكل، كما قالا في الثمار، وكذلك على قول محمد؛ لأنه لا تعامل للناس فيه.

[والأصل: أن كُلَّما للجائز مدخل، كان للفاسد أثر من منع الطيب، وكلما كان ليس للجائز فيه مدخل، فليس للفاسد أثر في منع الطيب](٣).

قال: **(ولا يجوز بيع الثمرة إلا صاعـًا منها)**(٤).

وفي بعض الروايات: لا يجوز بيع الثَّمر إلاّ إذا أمن من عاهته، فإن كان المحفوظ من الرواية هذا، فهذا خلاف ظاهر الرواية؛ لأن بيع الثمر بعد ما طلع [لا] يجوز، فتكون رواية الطحاوي على ما قال بعض مشايخنا: إنه لا يجوز بيع

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.
(٢) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ١٩٩.
(٣) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ، وزيدت من م.
(٤) مختصر الطحاوي ص٧٨؛ «وذلك لأنه مجهول، كأنه اشترىٰ بعض الثمرة إلا صاعـًا منها». شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٥٢.

الثمر ما لم يكن منتفعاً به، وإن كان المحفوظ من الرواية هو اللفظ الأول، فلا وجه لإفساد هذا البيع أيضاً؛ لأن الاستثناء معلوم، والمستثنىٰ منه معلوم، يدل عليه قوله عقب هذه المسألة: (**ولا بأس ببيع الجزء المعلوم من أجزائها**)[١]، نحو أن يبيع نصفها أو ثلثها، ولا فرق بين بيع الكل إلا صاعاً منها وبين بيع الجزء المعلوم من أجزائها[٢].

والأصل: أنه إذا استثنىٰ من المعقود عليه ما يجوز [إفراد][٣] العقد عليه، جاز البيع في المستثنىٰ منه، وإن استثنىٰ ما لا يجوز إفراده بالعقد، بطل البيع في المستثنىٰ منه.

بيانه: إذا قال: بعت منك هذه الصُّبْرة إلا قفيزاً منها بدرهم، فالبيع جائز في جميع الصبرة إلا قفيزاً منها؛ لأنه استثنىٰ ما يجوز [إفراد] العقد عليه؛ لأنه لو باع قفيزاً من الصبرة يجوز.

وبمثله لو قال: بعت منك هذا القطيع من الغنم إلا شاة منه [بغير] عينها بمائة درهم، فالبيع فاسد؛ لأنه استثنىٰ ما لا يجوز إفراد العقد عليه؛ لأنه لو باع شاة من الجملة بغير عينها بمائة درهم لا يجوز، ولو قال: بعت منك هذا القطيع إلا هذه الشاة بعينها بمائة درهم، فالبيع جائز؛ لأنه استثنىٰ ما يجوز إفراد العقد عليه.

وكذلك الحكم في العددي المتفاوت: مثل الثياب، والعبيد،/ والحيوان وما أشبه ذلك، بخلاف الكيلي والوزني والعددي غير المتفاوت[٤]. [١١٩-ب]

وكذلك لو باع حيواناً واستثنىٰ ما في بطنه، لا يجوز البيع؛ لأنه استثنىٰ ما لا يجوز إفراد العقد عليه؛ لأن بيع ما في البطن لا يجوز.

---

(١) مختصر الطحاوي ص٧٨.
(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٥٢.
(٣) ورد في أ (إجراء) وفي بعض المواضع مما يأتي (بإيراد)، والمثبت من م في الجميع.
(٤) في م (المتقارب).

وكذلك لو باع الجارية واستثنىٰ طرفـًا من أطرافها، لا يجوز البيع، وهاهنا إذا باع الثمر (على رؤوس النخيل إلا صاعـًا منه، وجب أن يجوز البيع؛ لأن المستثنىٰ معلوم، كما إذا كان الثمر)[١] مجذوذاً موضوعـًا على الأرض، فباع الكل إلا صاعـًا منه، يجوز.

وروي عن الحسن بن زياد أنه قال: لا يجوز البيع كما قال الطحاوي في الكتاب.

[هلاك الثمرة قبل القبض أو بعده]

قال: (وما أصاب الثمرة من آفة بعد قبض مبتاعها [إياها من السماء، أو من جناية جانٍ عليها]، فهي من مال المشتري[٢]، وإن كان [ذلك] قبل قبضه إياها، فمن مال البائع)[٣].

جملة هذا لا يخلو: إما أن يهلك جميع المعقود عليه أو بعضه، قبل القبض أو بعد القبض، ولا يخلو: إما أن يكون الهلاك بفعل البائع، أو بفعل المشتري، أو بفعل الأجنبي، أو بفعل المعقود عليه، أو بآفة سماوية.

أما إذا هلك الكل قبل القبض فإنه ينظر: إن هلك بآفة سماوية، أو بفعل البائع، أو بفعل المعقود عليه نحو: أن يكون المعقود عليه حيوانـًا فقتل نفسه، فإن البيع يبطل في هذا كله بالاتفاق.

وأما إذا كان الهلاك بآفة سماوية، أو بفعل المعقود عليه، فلا يشكل، وكذلك إذا كان بفعل البائع؛ لأن المبيع في يده مضمون بالثمن قبل القبض، بدليل أنه لو هلك يسقط ثمنه عن المشتري، فلا يجوز أن يكون مضمونـًا بالقيمة؛ إذ الشيء

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) «لأنها صارت من ضمانه، وخرجت من ضمان البيِّع، كمن اشترىٰ طعامـًا أو ثيابـًا، وقبضها، فتهلك من ماله إذا هلكت»، كما قال شارح المختصر ٣/ ٥٢.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص٧٨؛ شرح المختصر ٣/ ٥٢، ٥٣.

الواحد [لا يتوالىٰ عليه ضمان[١] القيمة وضمان الثمن للمشتري أو للبائع] لا يعوّل إلا عليه ضماناً، ويستوي في ذلك إن كان البيع باتاً أو بشرط الخيار.

وإن [كان قد] استهلكه المشتري، فعليه ثمنه إن كان البيع باتاً أو بشرط الخيار [للمشتري].

وإن كان قد استهلكه المشتري والبيع بشرط الخيار للبائع، أو كان البيع فاسداً، لزمه ضمان مثله إن كان مثلياً، وضمان قيمته إن كان غير مثلي.

وإن هلك بفعل الأجنبي فالمشتري بالخيار: إن شاء فسخ البيع وعاد المبيع إلى ملك البائع، وللبائع أن يرجع على الجاني فَيُضَمِّنُه قيمته وإن كان غير مثلي، أو مثله إن كان مثلياً، ثم ينظر: إن كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل على الثمن، لا يطيب له الفضل؛ لأن ربح ما لم يضمن لا يطيب له، فهذا ربح ما لم يملكه أولىٰ أن لا يطيب له، وإن كان الضمان من خلاف جنس الثمن يطيب له.

وإن اختار المشتري البيع، واختار اتباع الجاني بالضمان، فله ذلك وعليه الثمن[٢]، فإن كان الضمان من جنس الثمن لا يطيب له الفضل؛ لأنه ربح ما لم يضمن، وإن كان الضمان من خلاف جنسه طاب له الفضل، ثم اختياره اتباع الجاني بالضمان بمنزلة القبض منه في قول أبي يوسف، وفي قول محمد: لا يكون بمنزلة القبض.

وفائدة هذا الاختلاف [في مسائل:

إحداها]: أن الضمان لو توىٰ على الجاني بموته [مفلسًا، فالتوي] على المشتري في قول أبي يوسف، [ولا يسقط عنه الثمن]، وفي قول محمد: بطل البيع

---

(١) في أ (ضمانان) فقط، والمثبت من م.

(٢) قال الشارح: «وإنما كان له الخيار من قِبَل أن السلعة قد تغيرت قبل التسليم، فوجب له الخيار لذلك، ولا يبطل البيع؛ لأن ما حصل على الجاني من ضمان القيمة، أو المثل، قائم مقام الأصل، وإما حدث فيه تغيّر، فلا يبطل البيع». شرح المختصر ٣/ ٥٤.

والتوي على البائع وسقط الثمن عن المشتري.

والثانية: أن المبيع إذا كان مصوغاً من فضة اشتراها المشتري بدينار، فاستهلك المصوغَ أجنبيٌ قبل القبض، واختار المشتري: أخذه، واتباع الجاني ونقد الدينار، وافترقا قبل قبض ضمان المستهلك، لا يبطل الصرف بينهما في قول أبي يوسف؛ لأن اختياره تضمين المستهلك بمنزلة القبض، وقال محمد: بطل الصرف.

والثالثة: أن المشتري لو أخذ من الثاني مكانه شيئاً آخر، يجوز عند أبي يوسف، وعند محمد: لا يجوز؛ لأن هذا تصرف في المعقود عليه قبل القبض، وذلك لا يجوز، لا من البائع ولا من غيره.

[الهلاك بعد القبض والتخلية من البائع]

وإن كان الهلاك بعد القبض وبعد وجود [التخلية][(١)] من البائع، فالهلاك على المشتري، سواء إن هلك بآفة سماوية، أو بفعل المعقود عليه، أو بفعل الأجنبي، أو بفعل المشتري / ، ويرجع على [الأجنبي] بضمانه، ويطيب له الفضل؛ لأنه [١٢٠-أ] ربح ما قد ضمن.

وإن هلك بفعل البائع فإنه ينظر: إن كان قبضه المشتري بإذن البائع أو بغير إذنه، ولكن الثمن منقود أو مؤجل، فاستهلاك البائع كاستهلاك الأجنبي، وإن كان المشتري قبضه بغير إذن البائع والثمن حَالٌّ غير منقود، صار البائع مسترداً إياه بالاستهلاك وبطل البيع، وسقط الثمن عن المشتري، هذا في هلاك الكل.

وأما إذا هلك البعض قبل القبض، فإنه ينظر: إن كان بفعل البائع طرح عن المشتري حصة النقصان من الثمن، سواء كان ذلك النقصان نقصان قدر، أو

(١) في أ (الحلية)، والمثبت من م، «والتخلية: رفع اليد عن الشيء، وإباحة استلامه من قبل الغير». معجم لغة الفقهاء (التخلية).

نقصان وصف، والمشتري بالخيار في الباقي: إن شاء أخذه بحصته من الثمن، وإن شاء ترك لتفرق الصفقة عليه، وإن كان ذلك بفعل الأجنبي لزمه ضمانه، والمشتري بالخيار: إن شاء فسخ البيع، ويرجع البائع على الجاني بضمان ما جنىٰ، وإن شاء اختار البيع، ويتبع الجاني بالضمان، ويلزمه جميع الثمن، والحكم في ذلك كما ذكرنا في استهلاك الأجنبي جميع المبيع[1].

[حُصُولُ الهَلَاكِ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ]

وإن كان ذلك بآفة سماوية فإنه ينظر: إن كان النقصان نقصان قدر أو عدد، ويطرح عن المشتري حصة ما فات من الثمن، وله الخيار في الباقي: إن شاء أخذه بحصته من الثمن، وإن شاء ترك نحو: أن يكون المبيع كَيْلِيًّا، أو وَزْنِيًّا، أو عَدَدِيًّا ففات من القدر بعضه.

وإن كان النقصان نقصان وصف، لا يطرح عن المشتري شيء من الثمن، ولكن له الخيار: إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ترك.

والوصف: هو ما دخل في البيع بغير ذكره: كالأشجار، والبناء في الأرض، والأطراف في الحيوان، والجَوْدَةِ في الكَيْلِيِّ والوَزْنِيِّ؛ لأن الأوصاف لا حصة لها من الثمن إلا إذا ورد عليها القبض والجناية.

وكذلك إذا كان بفعل المعقود عليه، فالجواب هكذا، وإن كان بفعل المشتري صار قابضاً قدر ما استهلك بالاستهلاك، والباقي بالعيب حتى أن الباقي لو هلك في يد البائع قبل وجود الحبس منه، هلك على المشتري، وإن هلك بعد وجود الحبس منه، هلك على البائع، ولزم المشتري حصة ما استهلك لا غير، وإن حبس وليس له حق الحبس، لزمه ضمانه للمشتري وعليه جميع الثمن.

---

(١) انظر المسألة: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٥٢، ٥٣.

[هَلاَكُ البَعضِ بَعْدَ القَبْضِ]

ولو هلك البعض بعد القبض، فالهلاك على المشتري إن كان بآفة سماوية، أو بفعل المشتري، أو بفعل المعقود عليه، أو بفعل الأجنبي، ويرجع بالضمان على الأجنبي، وإن كان بفعل البائع فإنه ينظر: إن لم يكن له حق الاسترداد للحبس، فهو كاستهلاك الأجنبي، وإن كان له حق الاسترداد انفسخ العقد في قدر ما استهلك البائع، وسقط عن المشتري حصته من الثمن، ولا يكون مستردًا للباقي، حتىٰ أن الباقي لو هلك في يد المشتري، لزمته حصته من الثمن، إلا إذا هلك الباقي من سراية جناية البائع، صار مسترداً بذلك، وسقط عن المشتري جميع الثمن[١].

[الخِلاَفُ في زَمَنِ هَلاَكِ المَعْقُوْدِ عَلَيْه]

وإذا اختلف البائع والمشتري في هلاك المعقود عليه، فقال البائع: هلك بعد القبض، وقال المشتري: هلك قبل القبض، فالقول: قول المشتري؛ لأنه ينكر القبض، وأيهما أقام البينة قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ، وإن أقاما جميعـًا البينة، فالبينة بينة البائع؛ لأنه يثبت الثمن والقبض.

وكذلك إذا ادَّعىٰ البائع: أن المشتري استهلك المبيع، وادعىٰ المشتري أن البائع استهلكه، فالجواب ما ذكرنا، هذا إذا لم يكن للبَيِّنَتَيْن تاريخ، فأما إذا كان لهما تاريخ، وأحدهما أسبق من الآخر، تُقْبَلُ بَيِّنَةُ أسبقهما تاريخـًا في الاستهلاك والهلاك جميعـًا، وهذا إذا كان قبض المشتري المبيع غير ظاهر.

وأما/ إذا قبضه ظاهراً ثم أن المشتري ادَّعىٰ أن البائع استهلكه، والبائع يَدَّعِي [١٢٠-ب] أن المشتري استهلكه، فإذا لم يكن لهما بينة فالقول: قول البائع، وأيهما أقام البينة قُبِلَتْ بينته، وإن أقاما جميعـًا البَيِّنَة، فالبينة بينة المشتري؛ لأنه مُدَّعِي، ثم يُنْظَر: إن

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٥٢.

كان في موضع للبائع حق الاسترداد للحبس، صار بالاستهلاك مسترداً وانفسخ البيع بينهما، وسقط الثمن عن المشتري، وإن كان في موضع ليس له حق الاسترداد للحبس، فللمشتري أن يُضَمِّنَ البائع قيمة المبيع، ولا ينفسخ البيع[١].

[خِيَارُ المُشْتَرِي فِيْمَا إِذَا قَتَلَ أَحَدُ العَبْدَيْن صَاحِبَهُ]

ولو أن رجلاً اشترىٰ من رجل عبدين، أو جاريتين، فقتل أحدهما صاحبه، أو اشترىٰ جارية فولدت قبل القبض فكبر الولد، ثم قتل أحدهما صاحبه قبل القبض، فالمشتري بالخيار: إن شاء فسخ البيع في الباقي وبطلت الجناية؛ لأنهما عادا إلى ملك البائع، فقتل أحدهما صاحبه: وهو [في] ملك البائع، وإن شاء أخذا القاتلَ بجميع الثمن، ولا يطرح من الثمن شيء؛ لأنه [علم] في أخذ القاتل بحصته من الثمن أخذاً بجميع الثمن، فيتخيّر في الابتداء: إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ترك.

ومعنىٰ قولنا: وهو أنه لو أخذ القاتل بحصته من الثمن: بطل البيع في المقتول، وعاد إلى ملك البائع، فصار عبد المشتري قاتلاً عبد البائع، فيخاطب المشتري بالدفع أو بالفداء، وأيهما فعل قام مقام المقتول، ثم يجيء فيأخذه ببقية الثمن، فلما كان في المال يلزمه جميع الثمن، يتخيّر في الابتداء.

وبمثله لو اشترىٰ حيوانين سوى بني آدم، فقتل أحدهما صاحبه قبل القبض، صار كأنه مات حتف أنفه، والمشتري بالخيار: إن شاء أخذ الباقي بحصته من الثمن، وإن شاء ترك؛ لأن فعل العَجْمَاء جُبَار، وكذلك إذا اشترىٰ عبدًا واحدًا فجرح نفسه، صار كأنه انتقص بآفة سماوية، فلا يطرح من الثمن شيء، والمشتري بالخيار: إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ترك.

ولو قتل العبدَ أجنبيٌ قبل القبض، إن كان خطأً لا يبطل البيع، والمشتري بالخيار:

---

(١) راجع المصدر السابق نفسه.

إن شاء فسخ البيع وأتبع البائع عاقلة القاتل، فيأخذ قيمته في ثلاث سنين، وإن شاء أجاز البيع وأتبع العاقلة بالقيمة في ثلاث سنين، وإن كان القتل عمداً، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ: المشتري بالخيار: إن شاء فسخ البيع، وللبائع [أن يقتل القاتل بعبده، وإن شاء أجاز البيع، وله] أن يقتص من القاتل بعبده، ويلزمه جميع الثمن.

وقال أبو يوسف رحمه الله: المشتري بالخيار: إن شاء فسخ البيع وعاد إلى البائع، وليس للبائع أن يقتص، ولكنه يأخذ من مال القاتل القيمة في ثلاث سنين، وإن شاء أجاز البيع، وللمشتري أن يقبض ويلزمه جميع الثمن.

وقال محمد رحمه الله تعالىٰ: لا قصاص على القاتل بحال، والمشتري بالخيار: إن شاء فسخ البيع، والبائع يأخذ القيمة من القاتل في ثلاث سنين.

[جَزُّ الكَلأ عَلَىٰ المُشْتَرِي]

قال: (**وإذا اشترىٰ [الرجل] الرُّطْبَة القائمة في الأرض، جاز ذلك، وعليه جذاذها، فإن اشترط [ذلك] على البائع، كان البيع فاسداً**)[1].

وإنما قلنا: إن البيع جائز بغير الشرط؛ لأن اتصال المبيع بغيره لا يمنع صحة البيع، إذا لم يكن في فصله مضرة للبائع، كما إذا اشترىٰ أشجاراً قائمة على الأرض، أو اشترىٰ الثمار على رؤوس الأشجار، وما أشبه ذلك.

والهبة في مثله لا تصح؛ لأن اتصاله بغيره بمنزلة الشيوع، وهبة المشاع فيما يحتمل القسمة باطلة، إلا إذا أمره بالفصل وفصل ذلك ووصله، فحينئذٍ يجوز، على ما ذكرنا قبل هذا.

والجذاذ إنما يكون بعد التسليم، وذلك على المشتري، فإذا اشترط ذلك على

---

(١) مختصر الطحاوي ص ٧٩.

البائع أوجب فساد البيع[١].

[اخْتِلَافُ الفُقَهَاءِ في البَيْعِ والشَّرْطِ]

واختلف الفقهاء في البيع والشرط على ثلاثة أوجه:

قال أصحابنا: البيع والشرط كلاهما فاسدان.

وقال/ ابن شبرمة: البيع والشرط كلاهما جائزان. [١٢١-أ]

وقال ابن أبي ليلىٰ: البيع جائز والشرط فاسد.

وروي عن عبد الوارث بن سعد أنه قال: (قدمت الكوفة فإذا أنا بثلاثة من الفقهاء: أبو حنيفة رضي الله عنه، وابن أبي ليلىٰ، وابن شبرمة، فدخلت على أبي حنيفة رضي الله عنه فسألته: عمن باع بيعًا وشرط شرطًا؟ قال: البيع فاسد والشرط فاسد، ثم خرجت من عنده، ودخلت على ابن أبي ليلىٰ وسألته عن ذلك؟ فقال: البيع جائز والشرط باطل، ثم خرجت من عنده ودخلت على ابن شبرمة فسألته عن ذلك؟ فقال: البيع جائز والشرط جائز، فقلت في نفسي: سبحان الله، ثلاثة من الفقهاء اختلفوا في مسألة واحدة على ثلاثة أقوال، ثم أتيت أبا حنيفة فأخبرته بما قالا، فقال: لا أدري ما قالا، حدثني عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم (أنه نهىٰ عن بيع بشرط)[٢]، ثم أتيت ابن أبي ليلىٰ فأخبرته بما قالا فقال: لا أدري ما قالا، حدثني هشام بن عروة، عن أبيه عروة، عن عائشة رضي الله عنها أنها لما أرادت أن تشتري بريرة، أبىٰ أولياؤها إلا أن تشترط الولاء لهم، فقال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «**اشتري واشترطي**

---

(١) «لأنه شرط شرطًا لا يوجبه العقد، بمنزلة من اشترىٰ طعامًا على أن يحمله البيِّع إلى منزله». شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٥٥.

(٢) أخرجه الطبراني في الأوسط من حديث عمرو بن شعيب مرفوعًا (٤/ ٣٥٥).

الولاء لهم، فإن الولاء لمن أعتق»[١] ورسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أجاز البيع وأبطل الشرط، ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته بما قالا، فقال: لا أدري ما قالا، حدثني مسعر بن كردام، عن محارب بن دثار، عن جابر بن عبد الله الأنصاري قال: بعت ناقة لي لرسول الله صلىٰ الله عليه وسلم في غزوة تبوك بشرط حملانها إلى المدينة، فالنبي صلىٰ الله عليه وسلم أجاز البيع والشرط جميعاً)[٢].

وما قال علماؤنا: أحوط؛ لأن البيع الفاسد يكون ربا، [ويحتاط] في باب الربا بما روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال: (إنا ندع تسعة أعشار الحلال مخافة الربا)[٣].

[أَوْجُهُ البَيْعِ وَالشَّرْطِ]

ثم البيع والشرط على ثلاثة أوجه: في وجه: كلاهما جائزان، وفي وجه: كلاهما فاسدان، وفي وجه: البيع جائز والشرط باطل:

[وَجْهُ جَوَازِ البَيْعِ والشَّرْطِ]

أما الوجه الذي كلاهما جائزان: فهو أن يكون مما يرجع إلى بيان صفة الثمن

---

(١) أخرجه البخاري (٢٤٢٥، ٢٤٢٦) ومواضع أخرىٰ؛ ومسلم (١٥٠٤).

(٢) الرواية رواها الطبراني بكاملها، وقال: «لم يرو هذا الحديث عن أبي حنيفة، وابن أبي ليلىٰ، وابن شبرمة، إلا عبد الوارث»، المعجم الأوسط ٤/ ٣٣٥؛ وأوردها الهيثمي عنه، ولم يعقب عليها. انظر: مجمع الزوائد ٤/ ١٥.

الحديث رواه الحاكم في كتاب علوم الحديث، في الأحاديث المتعارضة، ومن جهة الحكم، ذكره عبد الحق في أحكامه، وسكت عنه، وقال ابن القطان: وعلته: ضعف أبي حنيفة في الحديث. كما ذكر الزيلعي في نصب الراية ٤/ ١٧.

(٣) أورده الغزالي في إحياء علوم الدين ٢/ ٩٥؛ وابن حجر الهيتمي في الزواجر ١/ ٤٥٠؛ وأورده الذهبي في الكبائر من قول عمر رضي الله عنه ١/ ١٢٠.

والمُثَمَّن[١].

أما بيان صفة الثمن: فهو أن يبيع عبده بألف درهم على أنها صحاح أو مكسرة، أو عليه[٢] نقد بيت المال، أو على أنها مؤجلة، وما أشبه ذلك.

وأما بيان صفة المُثَمَّن: فهو أن يبيع جاريته على أنها طباخة، أو خَبَّازة، أو على أنها بِكْرٌ، أو غلام على أنه كاتب، أو دابة على أنها هملاج[٣] وما أشبه ذلك؛ لأن هذا الشرط مما يقتضيه العقد، لأن العقد يقتضي أن يكون المبيع والثمن معلوماً، وهذا الشرط يوجب تعريف المعقود عليه، فجاز كلاهما.

وكذلك إذا كان الشرط مما يوجب تأكيد العقد، نحو: أن يشترط في البيع الرهن بثمنه، والرهن معلوم، أو يشترط الكفالة بثمنه، والكفيل معلوم حاضر، فالبيع والشرط كلاهما جائزان.

ولو كان الرهن معلوماً معيناً غير أن البائع لم يقبضه، فامتنع المشتري عن تسليمه إليه، فلا يجيز على التسليم ويجيز البائع لفوات شرطه.

وأما إذا كان الرهن غير معلوم، والكفيل غائب أو حاضر لم يقبل، لا يجوز البيع.

وكذلك لو باعه بشرط البراءة من كل عيب، فالبيع والشرط كلاهما جائزان، حتىٰ أن المشتري لا يرده بالعيب، فكذلك لو باعه بشرط التسليم، والتسليم والإبقاء والاستيفاء.

---

(١) ذكر أبو الليث: بأن «الشروط الجائزة ثلاثة: الأجل المعلوم، والخيار المعلوم وهو ثلاثة أيام، واشتراط الصِّحاح والمكسَّرة في الثمن». خزانة الفقه ص ١٦٧.

(٢) في م (تجيبية).

(٣) هِمْلاج: الهَمْلَجة: حسن سير الدابة، ومنه: هَملَجَ البِرذونُ هَمْلَجَةً: مشىٰ مِشيَةً سهلة في سُرعة. انظر: المصباح (هملج).

ولو اشترىٰ بشرط أن يوفيه في منزله، فإنه ينظر: إن كان المشتري في المصر [ومنزله أيضًا في المصر]، فالبيع بهذا الشرط جائز استحسانًا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي قول محمد: لا يجوز، وهو القياس.

ولو كان منزله خارج/ المصر، [أو اشترىٰ] خارج المصر ومنزله في المصر، [١٢١-ب]
لا يجوز بالإجماع، (وكذلك إذا كان كلاهما، غير أنه يؤدي إلى الربا في تصحيح الشرط، فلا يجوز بالإجماع)(١)، كما إذا تبايعا حنطة بحنطة وشرط أحدهما على صاحبه الإيفاء، فلا يجوز البيع؛ لأنه يؤدي إلى الربا، ولو كان بشرط الحمل إلى منزله لا يجوز بالإجماع، ولو شرط شرطًا [للناس] فيه تعامل نحو: أن يشتري صرمًا(٢) على أن يحرز البائع له خُفًّا، أو على ينعل خفه أو نعلاً أو شِراكًا على أن يعقد البائع الشراك، أو على أن [يحذو النعل]، أو قلنسوة بشرط أن يبطن البائع له من عنده، فالبيع بهذا الشرط جائز؛ لأن للناس فيه تعاملاً.

هذا كله في الوجه الذي يجوز البيع فيه والشرط جميعًا(٣).

[وجهُ فَسَادِ البَيْعِ والشَّرْطِ]

وأما الوجه الذي كلاهما فاسدان: فهو أن يكون الشرط مما لا يقتضيه العقد، أو فيه منفعة لأحد العاقدين، أو للمعقود عليه، وهو من أهل الخصومة، وليس للناس به تعامل، نحو: أن يشتري شيئًا مما له حمل ومؤونة بشرط الحمل إلى منزله، أو اشترىٰ ثوبًا بشرط الخياطة، أو اشترىٰ حنطة بشرط الطحن، أو اشترىٰ ثمرة أو رُطبة قائمة وشرط [الجذاذ] على البائع، فالبيع بهذا الشرط فاسد؛ لأنه لا يقتضيه العقد، وفيه منعفة للمشتري.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.
(٢) «الصَّرْم: الجلد، تعريب چَرْم، ومنه: الصَّرَّام، وصَرَمه: قطعه». المغرب (صرم).
(٣) انظر الهداية ٣/ ٩٥٢ - ٩٥٦.

وكذلك إذا كان الشرط فيه منفعة للبائع نحو: أن يشتري داراً بشرط أن يسكنها البائع شهراً، أو أرضاً بشرط أن يزرعها البائع سنة، أو دابة بشرط أن يركبها البائع شهراً، أو ثوباً بشرط أن يلبسه البائع شهراً، ثم يسلمه إلى المشتري، أو باع بشرط أن يقرضه المشتري قرضاً، أو بشرط أن يهب المشتري له هبة، أو باع بشرط التزويج، أو باع بشرط أن يبيع له كذا، فالبيع في هذا كله فاسد.

وكذلك إذا كان الشرط فيه منفعة للمعقود عليه وهو من أهل الخصومة، نحو: أن يبيع عبداً أو جارية، بشرط أن لا يبيعه ولا يهبه ولا يخرجه عن ملكه، فإن في هذا الشرط فيه منفعة للعبد؛ لأن تداول الأيدي يشق على العبد والجارية.

وكذلك إذا كان بشرط التدبير والاستيلاد، أو بشرط العتق، فالبيع لا يجوز، ولكن المشتري لو أعتقه، لزمه الثمن[1] في قول أبي حنيفة استحساناً، وعند صاحبيه: تجب القيمة عليه، وأجمعوا أنه لو هلك في يده قبل الإعتاق لزمته القيمة، وكذلك لو باعه من رجل أو وهبه من رجل، وجبت القيمة عليه.

ثم وجوب الثمن علامة الجواز، ووجوب القيمة علامة الفساد، والحاصل عند أبي حنيفة رضي الله تعالىٰ عنه: أن العقد في الابتداء انعقد على الفساد، ثم ينقلب إلى الجواز بالعتق، وعندهما: لا ينقلب، وعليه القيمة.

والوجه الذي كلاهما فاسدان أيضاً: أن يكون البَيِّعُ [البائعُ] شرط الغَرَر والخَطَر، نحو: أن يبيع حيواناً سوىٰ بني آدم على أنها حامل؛ لأن الحمل في غير الجواري زيادة، ولا يدرىٰ أنها حامل أولا، وكذلك لو اشترىٰ وهي حامل على أنها تضع حملها إلى شهر أو شهرين، أو اشترىٰ بقرة على أنها تحلب كذا وكذا؛ لأن فيه غَرَراً وخَطَراً.

---

(١) الفرق بين الثمن والقيمة: الثمن: قيمة الشيء وسعره الذي تمّ التراضي عليه، فهو أعم من القيمة، والقيمة: الثمن الذي يقدره المقوّمون للسلعة، أو الشيء. انظر: معجم لغة الفقهاء (الثمن، القيمة).

ولو اشترىٰ بقرة على أنها حلوب، ذكر الكرخي في مختصره: أن البيع بهذا الشرط فاسد، وجعله بمنزلة شرط الغرر والخطر.

وروىٰ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أنه أجاز البيع بهذا الشرط، وجعله بمنزلة الشروط التي ترجع إلى بيان صفة المعقود عليه، كما لو اشترىٰ جارية على أنها طَبّاخة. ولو اشتراها على أنها لبون، ذكر الطحاوي في مختصره في أول باب المصرَّاة: أن البيع بهذا الشرط جائز، وجعله بياناً للمعقود عليه[١].

ولو باع جارية على أنها حامل فالبيع جائز؛ / لأنه باع وعَيّن العيب، وقال بعضهم: لا يجوز؛ لأن محمداً ذكر في كتاب البيوع: لو باع وتَبَرَّأ من حملها، جاز البيع، وليس هذا كالشرط، وظاهر هذا القول: يقتضي الفساد إذا شرط. [١٢٢-أ]

وروي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله تعالىٰ أنه قال: هذا الشرط إذا كان من البائع يجوز البيع؛ لأن فيه إظهار العيب، وإن كان هذا الشرط من المشتري لا يجوز؛ لأنه أظهر من نفسه الرغبة حيث شرط.

ولو اشترىٰ جارية على أنها مغنية، فإذا هي لا تغني، فالبيع جائز ولا خيار للمشتري؛ لأن الغناء في الجارية عيب، فقد باع وأظهر العيب، ولو اشترىٰ قُمْرِياً على أنه يُصَوّت، أو حمامة على أنها تجيء من موضع بعيد، أو كَبْشاً على أنه نَطّاح، أو دِيكاً على أنه مقاتل، أو كلباً على أنه صُيُوْد، فالبيع بهذا الشرط فاسد، لأن فيه غَرَراً وخَطَراً[٢].

---

(١) انظر مختصر الطحاوي ص ٨٠.

(٢) جمع أبو الليث: بأن «الشروط المفسدة للبيع أربعة: اشتراط المنفعة للبائع، واشتراط المنفعة للمبتاع، واشتراط المنفعة للمبيع إذا كان عبداً أو أمة، والشروط في العقد»، ثم شرح كل شرط بالتفصيل. انظر: خزانة الفقه ص١٦٨؛ الهداية ٣/ ٩٧٧ وما بعدها؛ فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ٣٩ وما بعدها.

[جَوَازُ البَيْعِ وبُطْلاَنُ الشَّرْطِ]

وأما الوجه الذي يجوز البيع، والشرط باطل: فهو أن يبيع من رجل طعاماً على أن يأكله المشتري ولا يبيعه، أو يبيع ثوباً على أن لا يهبه ولا يبيعه، أو دابة على أن لا يبيعها ولا يهبها، فالبيع جائز، والشرط باطل؛ لأن هذا الشرط لا منفعة له فيه.

ولو باع بشرط المضرة نحو: أن يبيع ثوباً بشرط أن يحرقه، أو باع داراً على أن يخربها، أو جارية على أن لا يطأها، ذكر الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد، قال أبو يوسف: البيع فاسد، والشرط باطل، وقال محمد: البيع جائز، والشرط باطل.

ولو باع بشرط أن يطأها، في قولهم جميعاً: البيع جائز، والشرط باطل، وروي عن أبي حنيفة رضي الله تعالىٰ عنه أنه قال: إذا اشتراها على أن يطأها أو لا يطأها، فالبيع فاسد.

[دُخُوْلُ البِنَاءِ والشَّجَرِ تَبَعـًا لِلأَرْضِ]

قال: (**وإذا باع الرجل [للرجل] أرضـًا دخل ما كان فيها من بناء ونخل وشجر [في البيع]**)[1].

جملة هذا لا تخلو: إما أن يبيع الأرض والكَرْمَ، أو الدار أو المنزل أو البيت، ولم يذكر الحقوق والمرافق، ولا ذكر كل قليل وكثير منها، أو ذكر واحداً منها.

[بيع الأرض مجرداً عن المرافق]

أما إذا باع الأرض أو الكرم، ولم يذكر واحداً مما ذكرنا، دخل في البيع ما ركب فيها للبقاء من أشجار، وكروم، وغِرَاس، وبِنَاء، وحِيْطَان، ولا يدخل فيها ما كان من زرع، وبَقْلٍ وغيرها من الثمار والعنب، وما لم يركب فيها للبقاء، ولا يدخل أيضـًا

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٧٩.

ما كان من حقوقها من شِرْب أو مَسِيْلٍ، أو طريق خاص في ملك إنسان.

[بيع الأرض بحقوقها وبمرافقها]

ولو قال: بعتها منك بحقوقها أو بمرافقها، دخل في البيع زيادة [عند] ذكر الحقوق أو المرافق مما كان غير داخل ثلاثة أشياء: الشِّرب، ومَسِيل الماء، والطريق الخاص في ملك إنسان، والطريق ثلاثة: طريق إلى الطريق الأعظم، وطريق إلى سِكَّةٍ غير نافذة، وطريق خاص في ملك إنسان.

[دخول الطريق ضمناً في البيع]

أما الطريقان فيدخلان بغير ذكر الحقوق والمرافق، وأما الطريق الخاص فلا يدخل إلا بذكر الحقوق والمرافق، ولو قال: بعتها منك بكل قليل وكثير هو فيها ومنها، فإنه ينظر: إن كان قال في آخره من حقوقها أو قال من مرافقها، صار كأنه ذكر الحقوق والمرافق خاصة(١).

[دخول المتصل والمنفصل في بيع الزروع والثمار]

ولا يدخل في البيع الزرع والثمار؛ [لأنهما ليسا من حقوقها، ولو زاد في البيع ذكر قليل وكثير هو فيها ومنها، حينئذٍ](٢) وإن لم يقل في آخره من حقوقها أو مرافقها، يدخل في البيع ما كان من حقوقها الثمار والزرع، وكل ما كان متصلاً بها.

وأما ما كان منفصلاً عنها: كالثمار المجذوذة، والزرع المحصود، والحطب، واللبن، والقصب الموضوع، لا يدخل في البيع إلا أن يشترطا صريحاً.

---

(١) انظر المسألة بالتفصيل: المبسوط للسرخسي ١٧/ ٩٣، ٩٤؛ العناية للبابرتي (مع تكملة شرح فتح القدير) ٩/ ٤٤٢.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من م، وساقطة من أ.

[البيع مخالف للإجارة والرهن]

والبيع مخالف للإجارة، فإنه إذا آجر الأرض دخل في الإجارة حقوقها: من شِرْب، ومَسِيْل ماء، وطريق خاص في ملك إنسان استحساناً، والقياس: أن لا يدخل ما لم يذكر الحقوق والمرافق كالبيع، وفي الاستحسان: يدخل؛ لأن عقد الإجارة إنما يعقد للانتفاع، ولا ينتفع بها إلا بحقوقها، فصار / كأنه ذكر الحقوق [١٢٢-ب] والمرافق دليلاً، وإن لم يشترط صريحاً. وأما البيع إنما يعقد للملك ويقع له الملك، وإن كان لا ينتفع به.

والبيع مخالف للرهن: وهو أنه إذا رهن عند رجل أرضاً فيها ثمار على الأشجار، أو زرع سَلَّمها إليه، فكل ما كان متصلاً بالأرض دخل في الرهن؛ لأنهما قصدا صحة الرهن، ولا يَصِحُّ الرهن حتى يدخل في الرهن ما كان متصلاً به؛ فلذلك دخل، وإن لم يذكر كُلَّ قليل وكثير، ولا ذكر الحقوق والمرافق.

[ما يَدْخُلُ فِي بَيْعِ الدَّارِ مِن حُقُوْقٍ ومَرَافِقَ]

وأما إذا باع الدار ولم يذكر الحقوق والمرافق، ولا ذكر كُلَّ قليل وكثير، فإنه يدخل في البيع جميع ما كان فيها: من بيوت، ومنازل، وعُلُو، وسُفْل، وجميع ما يجمعها ويشتمل عليها حدودها الأربع، ولا يدخل في البيع ما كان من حقوقها من طريق لها خاص في ملك إنسان.

وأما طريقها إلى سكة غير نافذة، أو إلى طريق عام، يدخل فيها كما ذكرنا في الأرض والكَرْم، وما كان لها من حق مَسِيْل الماء أو حَقِّ إلقاء الثلج في ملك خاص فلا يدخل.

وأما الكنيف[١] الشارع ....

---

(١) «الكنيف: الحظيرة، والكنيف: الساتر، ويسمىٰ الترسُ: كنيفاً؛ لأنه يستر صاحبه، وقيل للمرحاض: كنيف؛ لأنه يستر قاضي الحاجة: وهو الموضع المُعَدُّ للتخلي من الدار وهو المراد هنا. انظر: المصباح (كنف).

والجناح[١] يدخل، والظُّلَّة[٢] إذا كان مفتحها إلى الدار قال أبو حنيفة رضي الله تعالىٰ عنه: لا تدخل، وقال صاحباه: تدخل، وأما إذا لم يكن مفتحها إلى الدار، فإنها لا تدخل بالإجماع.

وما كان لها من بستان فإنه ينظر: إن كان في الدار فإنه يدخل، وإن كان [يلي] الدار مفتحها إليها لا يدخل، وقال بعضهم: إن كان البستان صغيراً يدخل، وإن كان كبيراً لا يدخل، وقال بعضهم: يحكم في ذلك الثمن، إن كان [الثمن] مما يصلح [أن يكون] بدلاً لهما يدخل.

ولو قال: بحقوقها أو بمرافقها، أو قال: بكل قليل وكثير هو فيها ومنها، وذكر في آخره: من حقوقها ومرافقها أو لم يذكر، دخل الطريق الخاص وحق تسييل الماء، وإلقاء الثلوج، والظُّلَّة أيضاً تدخل عند أبي حنيفة رضي الله تعالىٰ عنه إذا كان مفتحها إلى الدار، والظُّلَّة التي أحد [طرف] جذوعها يعتمد على الحائط من هذه الدار، وطرفها الأخرىٰ على حائط غيرها[٣].

[مَا يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ البَيْتِ]

وأما إذا باع بيتاً فاسم البيت يقع: على مبنىٰ مسقف عليه باب، ويدخل في

---

(١) الجَنَاح: الروشَن، كما في معجم الوسيط، والروشن: الشُّرفَة (البالكون).

وتعريفه بالتفصيل: «الروشن: خشب يخرج من حائط الدار إلى الطريق، ولا يصل إلى جدار آخر يقابله، فإن وضعت به أعمدة من الطريق: فهو الجناح، وإلا فهو الروشن». الإفصاح في فقه اللغة (جنح).

(٢) «الظُّلَّة: كل ما أظلّك من بناء، أو جبل، أو سحاب، أي: سترك وألقىٰ ظله عليك، وقول الفقهاء: ظُلَّة الدار: يريدون به: السُّدَّة التي فوق الباب، وعن صاحب الحصر: هي التي أحد طرفي جذوعها على هذه الدار، وطرفها الآخر على حائط الجار المقابل». المغرب (ظلل).

(٣) انظر: الجامع الصغير (مع شرح النافع الكبير) ص٢٩٣؛ المبسوط للسرخسي ١٥/ ٥٦.

البيع حيطانه وسقفه، والباب، والطيقان يدخلان في البيع، والطريق الخاص [في مِلْك الإنسان] لا يدخل إلا بذكر الحقوق والمرافق، أو بذكر كل قليل وكثير هو فيه ومنه، ولو كان على عُلُوه بيت، فإن العلو لا يدخل، وإن ذكر الحقوق والمرافق، وكل قليل وكثير هو منه وفيه؛ لأن العلو بيت مثله فلا يكون تبعـًا، ولو لم يكن على علوه بيت، كان له أن يبني علواً، ولو كان البيت في داره فباعه من رجل، فإنه لا يدخل في البيع طريقه في الدار إلا بذكر الحقوق.

[دُخُوْلُ الطَّرِيْقِ ومَسِيْلِ المَاءِ فِي القِسْمَةِ]

فإن كان البيت يلي الطريق الأعظم [يفتح له] بابـًا إليه، وإن كان لا يلي الطريق الأعظم لا يبطل البيع، وله أن يستأجر إليه الطريق، ويستغني من صاحب الدار.

وليس هذا كالقسمة إذا أصاب أحد الشريكين في الدار بيتـًا، أو منزلاً، أو ساحة منها بغير طريق، فإنه ينظر: إن كان يمكنه فتح الباب إلى الطريق، فليس له أن [يتطرق] في نصيب شريكه، سواء ذكر في القسمة الحقوق والمرافق أو لم يذكر، وكذلك إذا كان مسيل مائه في نصيب شريكه قبل القسمة، انقطع ذلك الحق إذا كان يمكنه تسييل الماء في نصيبه.

وإن كان لا يمكنه تسييل الماء، ولا فتح الباب في نصيبه، ويمكنه ذلك في نصيب شريكه: فإنه ينظر: إن ذكر الحقوق والمرافق في القسمة فإن الطريق ومسيل الماء يدخلان في القسمة، ولا تبطل القسمة، وإن لم يذكر ذلك، فلا تدخل الطريق ولا مسيل الماء، وتبطل القسمة؛ لأن القسمة لتحصيل المنفعة، فإذا أَدَّىٰ إلى تفويت المنفعة بطلت القسمة[1].

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٧/ ٩٦؛ الفتاوىٰ الهندية ٤/ ١٠٦؛ كتاب الحيطان لابن مازه ص ٢٢٨-٢٣٣ (مركز النشر العلمي جامعة الملك عبد العزيز).

[بَيْعُ بَيْتِ العُلُوِّ دُوْنَ السُّفْل، وبَيْعُ السُّفْلِ]

وبيع بيت العُلُو دون السُفْل جائز إذا كان/ على العلو بناء، وإن لم يكن عليه [١٢٣-أ]
بناء لا يجوز البيع؛ لأنه باع الهواء، وبيع الهواء بالانفراد لا يجوز، ولو كان طريقه في الدار لا يدخل إلا بذكر الحقوق.

ولو بيع السُّفْلُ، يجوز البيع مبنياً كان أو غير مبني؛ لأن بيع الساحة يجوز، وإن لم يكن فيها بناء، فهل يجب لصاحب العلو شفعة؟

ينظر: إن كان على العلو بناء، فله الشفعة بالجوار، وإن لم يكن عليه بناء إن كان طريقه في السفل، فله الشفعة بحق الجوار [بناء كان]، وإن لم يكن اختلفوا فيه: قال أبو يوسف: لا شفعة له في السفل، وقال محمد: له الشفعة لحق الجوار، كما تستحق الشفعة بالشِّرْب والمُمَرِّ.

وأجمعوا: أن العلو إذا بيع وكان عليه بناء، أن لصاحب السفل الشفعة مبنياً كان السفل أو غير مبني.

وأما إذا باع المنزل ولم يذكر الحقوق والمرافق، ولا ذكر كل قليل وكثير، فإنه يدخل في البيع ما كان فيه من بيوت في السفل، وأما بيوت العلو فلا يدخل، وكذلك الطريق الخاص لا يدخل، على ما ذكرنا في بيع الدار والبيت.

وأما إذا ذكر الحقوق والمرافق، أو ذكر كل قليل وكثير، يدخل العلو والطريق الخاص؛ لأن المنزل أعم من البيت، وأخص من الدار، فلأجل الخصوص لم يدخل العلو في البيع، ولأجل العموم دخل العلو فيه بذكر الحقوق والمرافق[١].

قال: (**ومن ابتاع شيئاً [بعينه]، فهلك في يد بائعه، بطل البيع [فيه]**)[٢]، وقد

---

(١) انظر: الجامع الصغير (مع النافع الكبير) ص٢٧١؛ كتاب الحيطان لابن مازه ص١٩٨.
(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٧٩.

ذكرنا جملة هذا قبل هذا الموضع.

[البَيْعُ قَبْلَ القَبْضِ]

قال: (**ومن اشترىٰ شيئًا بعينه أو في ذمة، لم يجز [له] أن يبيعه قبل قبضه، ولا الشركة [فيه]، ولا التولية**)[١].

إذا اشترىٰ شيئًا بعينه، فهذا لا يخلو: إما أن يكون منقولاً، أو غير منقول: أما إذا كان منقولاً فلا يجوز بيعه قبل القبض من بائعه، ولا من غيره، (لنهي رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض)[٢]، فالبيع الثاني باطل والأول على حاله جائز.

[الإِقَالَةُ قَبْلَ القَبْضِ]

ولو وهبه للبائع قبل قبضه، إن لم يقبل البائع الهبة، بطلت الهبة، والبيع صحيح على حاله، وإن قبل البائع الهبة انفسخ البيع بينهما، ويكون بمنزلة الإقالة[٣]، والإقالة فسخ[٤]، قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «**من أقال مسلمًا أقال الله**

---

(١) المصدر السابق نفسه.

(٢) أخرجه «النسائي وابن حبان وأحمد والطبراني والدارقطني من حديث حكيم بن حزام، وعن ابن عباس قال: (أما الذي نهىٰ عنه النبي صلىٰ الله عليه وسلم: فهو الطعام أن يباع حتى يقبض، وقال ابن عباس: ولا أحسب كل شيء إلا مثله). متفق عليه». كما قال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٥٥؛ والبخاري (٢٠٨٢)؛ ومسلم (١٥٢٨).

(٣) الإقالة بكسر الهمزة، من قَيَل «في اللغة: رفع وإسقاط، وفي الشرع: عبارة عن رفع العقد بعد وقوعه. أنيس الفقهاء، ص ٢١٢؛ التوقيف (قيل).

(٤) عبارة الطحاوي في مختصره: «والإقالة قبل قبض المبيع، فسخ للبيع منه) ص٧٩، فقال الجصاص: «هذا لا خلاف فيه بين الفقهاء؛ لأن بيعه قبل القبض لا يجوز، فدل أنها فسخ». شرح المختصر ٣/ ٥٦.

عثرته يوم القيامة»[١]، وكذلك لو تصدق به عليه.

[الهِبَةُ والصَّدَقَةُ والوَصِيَّةُ والمِيْرَاثُ قَبْلَ القَبْضِ]

ولو وهبه لغير البائع، أو تصدق به على غير البائع، وأمره بالقبض من البائع، فقبضه أو رهنه عند رجل، وأمره بأن يقبض من البائع، فقبضه بأمره، جازت هذه العقود كلها في قول محمد؛ لأن صحة هذه العقود بالقبض، فلما حصل القبض بأمره، صار القابض كالوكيل له، فقال أبو يوسف: لا يجوز وإن أمره المشتري بالقبض؛ لأن العقد لم يكن صحيحاً[٢].

ولو أوصىٰ به لرجل قبل القبض ثم مات، صَحَّت الوصية بالإجماع؛ لأن الوصية أخت الميراث، ولو مات قبل القبض يكون ذلك موروثاً لورثته، فكذلك الوصية.

ولو أَجَّره قبل القبض من البائع أو من غيره لا يجوز، وهو بمنزلة البيع، ولو اشترىٰ عبداً أو جارية فأعتقها قبل القبض على مال أو مجاناً، فعتقه جائز، ويصير قابضاً وعليه الثمن، وكذلك لو دَبَّره، أو كانت جارية فاستولدها، فَصَحَّ تدبيره واستيلاده، ويكون قابضاً.

ولو وطئها المشتري قبل القبض، فبمجرد الوطء يكون قابضاً، اتصل بذلك الوطء علوق أو لم يتصل.

ومعنىٰ قولنا: استولدها قبل القبض، أي: أَقَرَّ بأنها كانت ولدت منه.

ولو كاتبها قبل القبض فلا رواية فيه نصًّا، ويجوز أن يقال: لا يجوز لأن الكتابة

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٤٦٠)؛ وابن ماجه (٢١٩٩)؛ وابن حبان في صحيحه (٥٠٣٠)؛ والحاكم في المستدرك (٢٢٩٠).

(٢) انظر: خزانة الفقه ص٢٠٦؛ فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ١٣٩.

عقد مبادلة، فيحتمل الفسخ والإقالة، [فصار كالبيع]، ويجوز لقائل أن يقول: بأنه يجوز؛ لأنها أوسع من البيع جوازاً، وروي عن أبي يوسف: أنه إذا كانت قبل القبض فللبائع أن يبطلها، فإن لم يبطلها حتى نقد الثمن جازت الكتابة. ذكرها / في العيون. [١٢٣-ب]

[بَيْعُ مَا لَمْ يَسْتَقِرْ]

وكذلك الحكم في كل عين منقولة يَرِدُ عليها من العقود التي ينفسخ العقد بهلاكها قبل [القبض]، فلا يجوز لمالكها التصرف فيها قبل القبض، نحو: أن يصالح عليها من دعوىٰ، قال: فيتصرف فيها قبل القبض، نحو: أن جعلها أجرة في الإجارة فيتصرف المؤاجر في الأجرة قبل القبض، فهو على ما ذكرنا من الأحكام.

ولو اشترىٰ عقاراً فباعه قبل القبض من البائع أو من غيره؛ القياس: أن لا يجوز، وهو قول محمد وزفر والشافعي(١)، وفي الاستحسان يجوز: وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف(٢).

[التَّصَرُّفُ بالمِيْرَاثِ والنَّصِيْبِ في القِسْمَةِ قَبْلَ القَبْضِ]

ولو ملك العين بالميراث أو بالوصية فتصرف فيها قبل القبض، فإنه يجوز تصرفه منقولاً كان أو غير منقولٍ في قولهم جميعاً.

وأما في القسمة إذا باع واحد من الشركاء نصيبه بعد القسمة قبل القبض، فإنه ينظر: إن كان الشيء الذي وقعت عليه القسمة مما يجبرون عليه إذا طَلَبها واحد منهم: فإن البيع لنصيبه جائز، منقولاً كان أو [عقارًا](٣)، وإن كان مما لا يجبرون

---

(١) انظر: المهذب ٣/ ٣١؛ المجموع ٩/ ٢٨٨.

(٢) وقال الجصاص معلقاً على قول الطحاوي: «ومن اشترىٰ شيئاً بعينه ...، لم يجز له بيعه قبل قبضه» ص٧٩ «هذا في غير العقار ...». شرح المختصر ٣/ ٥٥.

(٣) في أ (غير منقول)، والمثبت من م.

عليها كالأشياء المختلفة والرقيق، على قول أبي حنيفة: لا يجوز بيعه قبل القبض إذا كان منقولاً، أو إذا كان عقاراً فعلى الاختلاف.

وأما المهر، وبدل الخلع، والصلح عن دم العمد، وبدل العتق، فإنه يجوز للمالك التصرف فيه قبل القبض، كما يجوز بعد القبض[١]؛ لأن هذه العقود مما لا ينفسخ العقد بهلاك المعقود عليه قبل التسليم، وفي كل وضع لا يجوز بيعه لا يجوز إشراكه ولا توليته، هذا كله إذا تصرف في المبيع قبل القبض[٢].

[جَوَازُ التَّصَرُّفِ بِصِحَّةِ القَبْضِ]

وأما إذا قبضه وهو منقول، جاز تصرفه فيه إذا صَحَّ قبضه، ويَصِحُّ القبض فيه بأحد أمرين: إما بالتخلية، وإما بحقيقة القبض، وقد يكون بمعنىٰ آخر مع التخلية.

أما المبيع الذي يكون صحة القبض فيه بالتخلية، نحو: أن يشتري من رجل شيئًا بعينه من غير الكيلي، والوزني، والعددي المتفاوت، أو كان كيليًا، أو وزنيًا، أو عدديًا متقاربًا اشتراه مجازفة، وخَلَّىٰ البائع بينه وبين المشتري، وأمكنه قبضه[٣]، فقبضه بعد ذلك، ونقله أو لم ينقله، أو لم يقبضه، صَحَّ قبضه، ويجوز تصرفه.

[اسْتِلَامُ المُشْتَرِي بِغَيْرِ كَيْلٍ ولاَ وَزْنٍ]

وأما المبيع الذي صَحَّ القبض فيه بالتخلية، ومعنىٰ آخر: وهو أن يشتري كيليًا أو وزنيًا مكايلة، أو موازنة [قبله] فسلم البائع إلى المشتري بغير كيل ولا وزن، وقبضه المشتري، فإنه لا يَصِحُّ قبضه؛ من حيث لا يجوز بيعه ولا يحل له أن ينتفع

(١) كما ذكر ذلك أبو الليث في خزانة الفقه ص١٧١.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٥٦، ٥٨.

(٣) «التخلية: رفع اليد عن الشيء، وإباحة استلامه من قِبَل الغير»، «معجم لغة الفقهاء (التخلية). وعرف الكاساني: «التخلية: تمكين من التصرف في المبيع». البدائع ٧/ ٣٢٥٣.

به، ولكن إن قبضه يكون مضموناً عليه، حتى أنه لو هلك في يده يهلك عليه، ويكون مستوفياً إذا أَقَرّ أنه تام كَيْلاً أو وَزْناً.

وأصل ذلك: ما روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم (أنه نهىٰ عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان: صاع البائع وصاع المشتري)[١]؛ أما صاع البائع لصحة التسليم، وصاع المشتري إذا باعه بعد ذلك مكايلة تحتاج إلى الكيل، وأجمعوا في الذرعي إذا اشتراه مذارعة، فقبضه قبل الذرع، صَحَّ قبضه، ويجوز تصرفاته فيه بعده.

وفي العددي [المتقارب][٢] اختلاف: قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ: إذا اشتراه عدداً، لا يصح قبضه، ولا يجوز بيعه بغير عَدٍّ[٣] بمنزلة الكيلي والوزني، ألا ترىٰ أنه إذا وجد زائداً على العدد، فالزيادة غير داخلة تحت العقد، وإذا وجده ناقصاً يطرح حصته من الثمن، وله الخيار كالكيلي والوزني، وقال أبو يوسف ومحمد: يصح قبضه بغير عَدٍّ، ويجوز بيعه كالذرعي، وقال في الكتاب: إذا اشترىٰ دَيْناً في ذمته، لم يجز بيعه قبل القبض، وإنما أراد به السَّلَم؛ لأن السَّلَم دين في الحقيقة، وله حكم [العين][٤].

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٧٨٧)؛ والبيهقي في الكبرىٰ بلفظه ٥/ ٣١٥؛ وفي الصغرىٰ؛ والدارقطني ٢/ ٣٢٩؛ مصنف ابن أبي شيبة ٤/ ٥٢٨؛ والحديث معلول بابن أبي ليلىٰ. انظر: نصب الراية ٤/ ٣٤؛ الدراية ٢/ ١٥٥.

والحديث لبيان التقابض بين المتعاقدين، قد ذكر البخاري في حديث ابن عباس المذكور آنفاً: (نهىٰ عنه النبي صلىٰ الله عليه وسلم، ولو أن الطعام يباع حتى يُقبض ...) (٢٠٢٨)؛ وفي مسلم: (حتى يستوفيه) (١٥٢٩).

(٢) في أ (المتفاوت)، والمثبت من م.

(٣) في م (عدد).

(٤) انظر (ما يصير به المشتري قابضًا للمبيع من التصرفات، وما لا يصير به قابضاً): البدائع ٧/ ٣٢٥٣، وما بعدها.

[الدَّيْنُ الَّذِي لَهُ حُكْمُ العَيْنِ]

الدَّيْن] على ضربين: دين له حكم العين بحيث لا يجوز له بيعه قبل القبض، ودين ليس له حكم العين:

فأما الدَّيْن الذي له حكم العين، نحو: أن يسلم إلى رجل عشرة دراهم في كُرّ حنطة، فبعدما تعاقدا/ عقد السَّلَم، أراد المسلم إليه أن يأخذ مكان العشرة شيئاً [١٢٤-أ] آخر قبل أن يقبضها من رَبِّ السَّلَم، لا يجوز.

والثاني: رَبُّ السَّلَم إذا أراد أن يستبدل بسلمه قبل القبض، فلا يجوز.

[والثالث]: إذا [تقايلا السلم] ووجب على المسلَّم إليه رَدّ رأس المال، فاستبدله رب السلم قبل القبض، لا يجوز، ولو وجب على المسلم إليه رد رأس المال لفساد [السَّلم من الأصل، فإنه يجوز فيه الاستبدال، ولا يكون له حكم العين.

ولو وجب على المسلَّم إليه ردّ رأس المال لفساد] العقد لمعنىً عارض، فلا يجوز الاستبدال به قبل القبض، نحو: أن يسلم ذمِّي إلى ذمي عشرة دراهم في خمر ثم أسلما، أو أسلم أحدهما قبل قبض الخمر، بطل السَّلَم ووجب على المسلَّم إليه رد رأس المال، ولكن لا يجوز لرب السلم الاستبدال؛ (لأنه بطل لمعنىً عارض، ولم يكن فاسد في الأصل، وبدل الصرف في الابتداء له حكم العين، فلا يجوز الاستبدال)[١] به قبل القبض، نحو: أن يبيع من رجل ديناً بعشرة دراهم، ثم أن مشتري الدينار أراد أن يستبدل بالدينار شيئاً آخر قبل القبض، لا يجوز[٢].

ويجوز الاستبدال في الانتهاء: وهو أنهما إذا [تقابضا ثم تقايلا][٣] ووجب على المشتري للدينار رَدّ الدينار، وعلى بائع الدينار رد العشرة، فأراد كل واحد

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٨٦، ٨٧؛ شرح المختصر ٣/ ١٢٠، ١٣٣.

(٣) في أ (تفاضلا ثم تعاملا)، والمثبت من م.

منهما أن يأخذ مكان ما وجب له شيئاً آخر قبل القبض جاز، ولا يعطىٰ له حكم العين في الانتهاء، بخلاف السَّلَم، والثياب إذا ثبت ديناً في الذمة موصوفاً مؤجلاً، لها حكم العين، سواء كان ثبوتها من جهة السلم أو من جهة غيره؛ لأن الثياب لا يثبت ديناً في الذمة إلا بشرائط السلم، فيعطىٰ له حكم السلم.

أما ثبوته من غير السَّلَم: فهو أن يبيع من رجل عبداً بثوب موصوف في الذمة مؤجلاً، فإن هذا ليس بسلم، حتى أن يسلم العبد إلى المشتري ليس بشرط.

وكذلك إذا أَجَّرَ داره بثوب موصوف في الذمة مؤجلًا، جازت الإجارة ولا يكون سلماً، وكذلك لو ادَّعىٰ عيناً في يد رجل، فصالحه من دعواه على ثوب موصوف في الذمة مؤجلاً، فإن الصلح جائز، وليس هذا بسلم، ولا يجوز الاستبدال في الوجوه كلها، فهذه جملة الديون التي لها حكم العين من حيث لا يجوز بيعها.

[الدّيون الَّتيْ لايعطى لَها حُكْم العَيْنِ]

وأما الديون التي لا يعطىٰ لها حكم العين: كالقبض، والثمن، والغصب، وما ثبت بالاستهلاك ،وما أشبه ذلك من الديون، فبيع هذه الديون من غير من عليه الديون لا يجوز بيعه، وبيعه من الذي عليه الدين يجوز، نحو: أن يشتري من رجل شيئاً بعينه بدينه الذي في ذمة فلان، لا يجوز، أو قال: بعت منك ديني الذي هو في ذمة فلان بمالك هذا، فإنه لا يجوز.

وبمثله لو اشترىٰ رجل شيئاً بثمن دين، ولم يضف العقد إلى الدين، ثم أحال البائع على غريمه بدينه الذي عليه، جاز الشراء، وجازت الحِوالَة، سواء كان الدين الذي أحيل به ديناً له حكم العين، أو دينًا ليس له حكم [العين]، خلاف ما قاله الطحاوي: (إن الحِوَالة فيه كالبيع، لا يجوز بشيء من ذلك)[1].

---

(١) مختصر الطحاوي ص٧٩. وعلّق الجصاص على ذلك أيضاً بقوله: «قوله: (والحوالة به =

وإنما جاز ذلك؛ لأن المحتال له يكون بمنزلة الوكيل للمحيل بقبض دينه من المحتال عليه، والتوكيل بقبض الدين جائز، سواء كان الدين له حكم العين أو ليس له حكم العين، ويكون قبض وكيله كقبض موكله.

ولو باع هذه الديون من الذي عليه الدين يجوز، نحو: أن يشتري شيئاً بعينه بدينه الذي له في ذمته، أو يصالح معه من دينه الذي عليه على شيء بعينه، جاز الصلح والشراء كيفما كان، وقد ذكرنا أنه يشترط القبض في بدل الصلح في موضعين، ولا يشترط في موضع في كتاب الصلح.

[الإقالة فسخ للبيع]

قال: (**والإقالة قبل قبض المبيع فسخ للبيع فيه، وهي بعد القبض كذلك في قول أبي حنيفة**)(١).

الإقالة فسخ على الثمن الأول في الأحوال كلها، سواء كان قبل القبض أو بعده، منقولًا كان أو غير منقولٍ، وما [سَمَّيَا] من/ خلاف الثمن الأول، أو زيادة، [١٢٤-ب]
أو نقصان فهو باطل، وتصِحُّ الإقالة على الثمن الأول.

وبُطْلَان ما سَمَّيا لا يوجب بطلان الإقالة؛ لأن الإقالة مما لا يتعلق بالجائز من الشرط، فالفاسد من الشرط لا يبطلها، ألا ترىٰ أنهما لو تقايلا البيع من غير ذكر الثمن، جازت الإقالة كاسمها وحكمها، [فثبت أنها لا تتعلق بالجائز من الشرط، وهذا قول أبي حنيفة؛ لأن الإقالة نقصت من رسمها](٢): وهي عبارة عن رفع العقد الذي جرىٰ

= كالبيع)، لا معنىٰ له؛ لأن من قولهم: إنه إن كان في الذمَّة، جازت الحوالة به، ألا ترىٰ أن رجلاً لو كان له على رجل كُرُّ حنطة سَلَماً، فأحال به عليه رجلاً له كُرُّ حنطة، جاز، ولم يكن بمنزلة البيع»، ٣/ ٥٦.

(١) مختصر الطحاوي ص٧٩.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

بينهما، والعقد إنما جرىٰ بينهما بالثمن الأول، فكذلك رفعه وفسخه، وقال أبو يوسف: الإقالة بيع جديد إلا إذا لم يمكن حملها على البيع، فحينئذٍ تكون فسخاً[١].

بيانه: أنهما إذا تقايلا بعد القبض وسميا الثمن، تكون بيعاً على ما سيما من الثمن، وإن لم يسميا الثمن تكون بيعاً على الثمن الأول، وقبل قبض المبيع ينظر: إن كان المبيع عقاراً مما يجوز فيه البيع قبل القبض، يكون بيعاً جديداً أيضاً على ما سميا من الثمن، وإن كان المبيع منقولاً مما [لا] يجوز فيه البيع قبل القبض، فالإقالة تكون فسخاً على الثمن الأول.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: الإقالة بيع على كل حال، حتى أنه أبطل الإقالة في المنقول قبل القبض؛ لأنه لا يجوز بيعه، وقال محمد: [الإقالة] قبل قبض المبيع فسخ على الثمن الأول، كما قال أبو حنيفة رضي الله عنه، منقولاً كان أو غير منقول؛ لأن من مذهبه: أن بيع المبيع قبل القبض باطل، سواء كان المبيع منقولاً أو غير منقول، فلما لم يمكن حمله على البيع حمل على الفسخ، وما سميا فيها بخلاف الثمن الأول باطل.

وإن تقايلا قبل القبض، فإنه ينظر: إن لم يسميا في الإقالة شيئاً من الثمن أو سميا الثمن الأول، أو أقل من الثمن الأول من جنسه، فإن الإقالة تكون فسخاً على الثمن الأول كما قال أبو حنيفة؛ لأنهما لما لم يسميا فيها بخلاف الثمن الأول، فالظاهر أنهما شرعا في فسخ العقد الذي جرىٰ بينهما، وإن سميا فيها أكثر من الثمن الأول، أو خلاف جنسه، قَلَّت قيمته أو كثرت، فإن الإقالة تكون بيعاً جديداً على ما سَمَّيَا من الثمن، كما قال أبو يوسف؛ لأن الظاهر من حالهما أنهما شرعا في بيع جديد؛ حيث سميا ثمناً خلاف الثمن الأول.

---

(١) قال الجصاص: «فإذا كانت رفعاً للعقد الأول، وهما دخلا فيها على هذا الوجه، لم يجز لنا أن نجعلها بيعاً مستقبلاً؛ لأنها تكون حينئذٍ غير ما تعاقدا عليه، كما لو أنهما عقدا عقد هبة، لم يجز لنا أن نجعله عقد بيع»، ٣/ ٥٧.

[الإقالة فسخ في حق المتعاقدين]

ثم الإقالة فسخ في حق المتعاقدين، بيع جديد في حق ثالث سواهما على كل حال.

ومعنىٰ قولنا: فسخ في حق المتعاقدين: أنه يجب على البائع رد الثمن، وما نطقا فيه بخلافه باطل.

والثاني: أن الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة، وعند أبي يوسف في الموضع الذي يجعلها بيعـًا جديداً يبطلها بالشروط الفاسدة، كما يبطل البيع.

والثالث: بعدما تقايلا البيع قبل أن يَسْتَرِدَّ المبيعَ [من المشتري] لو باعه من المشتري ثانيـًا، جاز البيع؛ لأنه فسخ في حقهما، ولو كانت بيعـًا لكان لا يجوز له أن يبيع قبل القبض، ولو باعه من غير المشتري لا يجوز البيع؛ لأنها في حق غيره تكون بيعـًا جديداً.

ولو كان المبيع غير منقول، يجوز بيعه من غير المشتري أيضـًا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

ولو كان المبيع في يد المشتري، صار إلى حال لا يحتمل الفسخ، فالإقالة باطلة في قول أبي حنيفة؛ لأنه لا يمكن الفسخ، وعندهما: صار بيعـًا جديداً، ولو وهبه البائع للمشتري بعد الإقالة قبل الاسترداد، تجوز الهبة وصار المبيع للمشتري بالهبة، ولا تبطل الإقالة، وفي البيع إذا وهب المشتري المبيع قبل القبض للبائع، فَقَبِلَهُ البائع، انفسخ البيع بينهما.

ولو كان المبيع كَيْلِيًّا أو وَزْنِيـًا فَتَقَايَلاَ البيع، واسترده البائع من غير كَيْلٍ، صَحَّ قبضه، ولو كان بيعـًا لا يصح قبضه بغير كيل[1].

---

(١) انظر: شرح المختصر ٣/ ٥٦ - ٥٧.

[الإقالة بيع جديد في حق ثالث]

ومعنىٰ قولنا: بيع جديد في/ حق ثالث سواهما: وهو أن المبيع لو كان عقاراً مما تجب فيه الشفعة، فَسَلَّم الشفيع الشفعةَ في أصل البيع ثم تقايلا البيع، وعاد المبيع إلى ملك البائع، فطلب الشفيع الشفعة في الإقالة، كان له ذلك؛ لأنها بمنزلة بيع جديد في حق ثالث سوىٰ المتعاقدين. [١٢٥-أ]

ولو تقايلا البيع قبل قبض المبيع أو بعده، ثم أن البائع وجد به عيبـاً كان عند بائعه، فأراد أن يخاصم بائعه في الرَّدِّ ليس له ذلك؛ لأنه بمنزلة بيع جديد في حق ثالث، فصار كما إذا اشترىٰ، أو وَرِثَ.

وأن البيع لو كان صَرْفـاً فالتقابض في كلا الجانبين شرط لصحة الإقالة، فيجعل في حق الشريعة كبيع جديد، وإذا كان البائع وكيلًا لغيره، تَصِحُّ الإقالة عليه دون الآمر.

ولو اشترىٰ شيئـاً وقبضه قبل نقد الثمن، ثم باعه من آخر، ثم تقايلا وعاد إلى المشتري، ثم أن البائع اشتراه من المشتري بأقل من الثمن قبل النقد، جاز، وصار في حق البائع كأنه ملكه بسبب جديد.

ولو كانت هبة في يد البائع ثم تقايلا البيع، فليس للواهب أن يرجع فيها، كأن البائع اشترى في حق الواهب.

[الإقالة بهلاك أحد المعقود عليهما]

ثم الأصل: أن هلاك أحد المعقود عليهما لا يمنع الإقالة، ولا يبطلها بعد صحتها، وهلاكهما جميعـاً يمنع الإقالة، ويبطلها بعد صحتها.

وبيانه: وهو أنهما إذا تبايعا عينـاً بعين مما يتعين كل واحد منهما للعقد وتقابضا، ثم هلكت إحداهما في يد مشتريها، ثم تقايلا (البيع، فالإقالة صحيحة،

وعلى المشتري الهالك قيمة الهالك أو مثله إن كان مثلياً، فيسلمه إلى صاحبه)[١] ويسترد العين منه، وكذلك لو تقايلا والمعقود عليهما قائمان ثم هلك أحدهما.

ولو اشترىٰ عيناً مما يتعين [للعقد] بثمن دين، كما إذا اشترىٰ عرضاً من العروض بعينه بدراهم أو بدنانير، وعَيَّنَ الدراهم أو الدنانير، أو لم يعينهما؛ لأنهما لا يتعينان لعقود المبادلات وإن عينت، وكذلك الفلوس وكذلك الكيلي والوزني إذا كان موصوفاً بغير عينه، والعددي؛ لأن الكيلي والوزني أوصافهما ثمن، وأعيانهما سلع، ثم تقايلا [البيع]، فإنه ينظر: إن كانت العين قائمة في يد مشتريها صَحَّت الإقالة، سواء كان الثمن قائماً في يد البائع أو هالكاً، وإن كان المبيع هالكاً في يد مشتريه أو هلك بعد الإقالة قبل التسليم إلى البائع، لم تَصِحَّ الإقالة، سواء كان الثمن قائماً في يد البائع أو هالكاً؛ لأن الثمن وإن كان قائماً فهو في حكم الهالك؛ لأنه لم يتعين للعقد.

وكذلك لو كان المعقود عليه عَرَضين وتقابضا، ثم هلكا جميعاً ثم تقايلا، فلا تصح الإقالة، وكذلك لو كان أحدهما هالكاً وقت الإقالة والآخر قائماً، صَحَّت الإقالة، ثم [هلك القائم][٢] قبل الرد، بطلت الإقالة.

ولو عقدنا عقد السَّلَم ورأس المال عَرَض يتعين للعقد، لو دراهم أو دنانير أو فلوس مما لا يتعين للعقد، ثم تقايلا السلم ورأس المال قائم في يد المسلم إليه أو هالك، فإن الإقالة صحيحة؛ لأن [المسلّم فيه][٣] وإن كان ديناً في الحقيقة، فله حكم العين، ألا ترىٰ أن استبداله قبل القبض لا يجوز، فصار كأنهما تقايلا وأحد المعقود عليهما قائم، فإن كان رأس المال قائم وهو مما يتعين للعقد، فعلىٰ

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) في النسختين (ثم هلكا لقائم)، والسياق يدل على المثبت.

(٣) في أ (السلم)، والمثبت من م.

المسلم إليه[(١)] رد عينه.

وإن كان هالكـًا فعليه رد قيمته إن كان غير مِثْلِيٍّ، أو مثله إن كان مثليـًا، وإن كان رأس المال مما لا يتعين للعقد، فعليه رد مثله قائمـًا كان أو هالكـًا، وكذلك لو قبض [المسَلَّم فيه] ثم تقايلا، والمقبوض قائم في يد رب السلم، صَحَّت الإقالة على ما ذكرنا، وعلى رب السَّلَم رد عين ما قبض؛ لأن المقبوض بعد السلم كعين ما ورد عليه العقد، ألا ترىٰ أنه يجوز له أن يبيعه مرابحة على رأس المال، ولو اشترىٰ بعد بنقرة/ فضة، أو بمصوغ، أو مما يتعين للعقد وتقابضا، ثم هلك العبد [١٢٥-ب] في يد المشتري، ثم تقايلا والفضة قائمة في يد البائع، فالإقالة صحيحة؛ لأن أحدهما قائم، وعلى البائع أن يرد الفضة بعينها، ويسترد من المشتري قيمة العبد ذهبـًا؛ لأن الإقالة وردت على قيمة العبد، وفي استرداد قيمته فضة يكون ربًا؛ لجواز أن يكون فيها زيادة أو نقصانٌ عن وزن الفضة.

وبمثله لو تقايلا والعبد قائم، ثم هلك العبد، فعلىٰ البائع أن يرد الثمن ويسترد قيمة العبد إن شاء فضة وإن شاء ذهبـًا؛ لأن الإقالة صحيحة على عين العبد، ثم القيمة إنما تجب على المشتري بدلًا عن العبد، ولا ربا بين العبد وقيمته، هذا في الإقالة.

وأما في البيع فهلاك أحد المعقود عليهما يمنع البيع، وهلاك أحدهما بعد صحته يبطل البيع، كما إذا تبايعا عَرَضـًا بعرض وأحدهما هالك، أو كانا قائمين فهلك أحدهما بعد العقد قبل القبض، بطل البيع، بخلاف الإقالة[(٢)].

[مَا يَجُوْزُ فِيهِ التَّصَرُّفُ قَبْلَ القَبْضِ]

قال: (ومن وَجَب له حق من قرض أو ثمن مبيعٍ، فابتاع به شيئـًا بعينه، جاز،

---

(١) في م (فعلىٰ المعقود عليه).

(٢) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ١٠٣، ١٠٤؛ الهداية ٤/ ٥٠٩ (تحقيق د/ سائد، دار السراج).

قَبَضَهُ أو لم يقبضه)[(١)].

العين لا يخلو: إما أن يكون دراهم أو دنانير أو فلوس، أو كَيْلِيًّا أو وَزْنِيًّا، أو قيمة المستهلك، اشترىٰ [به] شيئاً بعينه [أو بغير عينه، أما إذا اشترىٰ به شيئًا بعينه][(٢)] في الفصول كلها، جاز الشراء، وقبض المشتري ليس بشرط؛ لأنهما افترقا عن عين بدين، إلاّ إذا كان صرفاً: كما إذا اشترىٰ بدينه وهو رداهم أو دنانير أو فلوساً، [فاشترىٰ به دراهم، أو دنانير، أو فلوساً]، جاز الشراء، إلاّ أنّ قبض المشتري قبل التفرق بالأبدان شرط لصحة العقد، حتى لا يقع الافتراق عن دين بدين؛ لأنه لا يتعين للعقد وإن عَيَّن[(٣)].

وإن اشترىٰ به كيلياً أو وزنياً أو ثياباً موصوفة مؤجلة، وهي بغير عينها، فإنه لا يجوز الشراء؛ لأن الدين ثمن على كل حال، ولا يصلح أن يكون مبيعاً، فإذاً يكون الآخر مبيعاً، فيكون بائعاً ما ليس عنده، وبيع ما ليس عند الإنسان لا يجوز إلا من جهة السلم، ولا يجوز السلم هاهنا؛ لأن رأس ماله دين، بخلاف الفصل الأول؛ لأن كلَّ واحد منهما كان ثمناً، فصار مشترياً بثمن ليس عنده، [والشراء بثمن ليس عنده] يجوز، ولكن التسليم شرط حتى لا يقع الافتراق عن دين بدين.

ولو كان الدين كيلياً أو وزنياً فباعه بدراهم أو دنانير أو فلوس، أو اشترىٰ هذه الأشياء بدينه، جاز كيفما[(٤)] كان؛ لأن الدراهم والدنانير ثمن على كل حال،

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٧٩.

(٢) ما بين المعقوفتين سقطت من أ، والمثبت من م، وهكذا جميع ما وضع بين المعقوفتين، وإن لم يُنبّه في الهامش على ذلك.

(٣) «والأصل فيه: حديث ابن عمر قال: (كنت أبيع الإبل بالبقيع، فآخذ بالدراهم الدنانير، وبالدنانير الدراهم، فسألت النبي صلىٰ الله عليه وسلم، فقال: (لا بأس به ما لم تفترقا وبينكما شيء)، فثبت بذلك جواز التصرف في الأثمان التي لا يُستحق قبضها في المجلس قبل الافتراق». شرح المختصر ٣/ ٥٨، ٥٩.

(٤) في م (جاز ليعين).

فصار من عليه الدين مشترياً بثمن ليس عنده، [ولكن القبض قبل التفرق بالأبدان شرط، حتى لا يقع الافتراق عن دين بدين، ولو اشترىٰ به كيليًا أو وزنيًا من خلاف جنس الدين، فإنه يجوز إن جعل الدين مبيعًا والآخر ثمنًا، فالشراء جائز وإن كان بغير عينه]، ولكن القبض في المجلس شرط، وإن جعل الدين ثمناً والآخر مبيعاً، فالشراء باطل، وإن أحضر في المجلس؛ لأنه صار بائعاً ما ليس عنده، وذلك لا يجوز، وإنما يعرف الثمن من المثمن بكلمة (الباء)، فكل بدل ذكر بلفظ (الباء) يكون ثمناً والآخر مبيعاً، وإن كان الدين قيمة المستهلك مما له مثل في جنسه (يجب مثله، فيكون الحكم فيه على ما ذكرنا، وإن كان المستهلك مما لا مثل له في جنسه) يجب عليه قيمته، والقيمة إنما هي دراهم أو دنانير، فإذا اشترىٰ بها شيئاً بعينه جاز، وقبض المشتري ذلك ليس بشرط، وإن اشترىٰ بها شيئاً بغير عينه من الكيلي والوزني، إن جعل ما عليه مبيعاً، وهذا [ثمنًا]، يجوز الشراء إذا أحضره وقبضه قبل التفرق، وإن جعل ما عليه ثمناً، فلا يجوز وإن أحضر في المجلس.

ولو وقع الصلح على أحدهما إما بالدراهم أو الدنانير أو قضىٰ به القاضي، جاز، ولا يكون القبض شرطاً؛ لأن ذلك [يعتبر]/ حقه. [١٢٦-أ]

ولو صالح على دراهم أو دنانير أكثر من قيمته، فالصلح جائز عند أبي حنيفة، وعندهما: الفضل على القيمة باطل.

[بَيْعُ الطَّعَامِ قَبْلَ نَقْلِهِ إِنْ كَان قَبَضَهُ]

قال: **(ومن اشترىٰ صُبْرة طعامٍ فقبضها، جاز له أن يبيعها، نقلها عن موضعها أو لم ينقلها)**[١].

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٧٩.

هذا إذا اشتراها مجازفةً[١]، ولو اشتراها مكايلة لا يجوز له بيعها قبل قبض الكيلي، وقد ذكرنا هذا من قبل[٢].

[جَهَالَةُ جُمْلَةِ الثَّمَنِ]

قال: **(وَمْن اشترىٰ صُبْرَةَ طعام، على أن كل قفيز منها بدرهم)**[٣].

المبيع لا يخلو: إما أن يكون كَيْلِيًّا، أو وَزْنِيًّا، أوعَدَدِيًّا متقاربـًا، أو ذَرْعِيًّا، أو عَدَدِيًّا متفاوتـًا، ولا يخلو: إما أن يسمي جملة الكيل والوزن، أو لا يسمي.

أما إذا سمىٰ جملته: إن كان المبيع كيليـًا، فإن العقد يتعلق بما سمىٰ من الكيل كما إذا قال: بعت منك هذه الصبرة على أنها مائة قفيز كل قفيز بدرهم، أو على أنها مائة قفيز بمائة درهم [سمّىٰ] لكل قفيز ثمنـًا على حدة، أولم يسم.

فإن وجده كما سمىٰ فَبِهَا ونِعْمَتْ، فيكون للمشتري ولا خيار له، وإن وجدها أكثر من مائة قفيز، فالزيادة لا تدخل في البيع، وتكون الزيادة للبائع، ولا يكون للمشتري إلا مقدار ما سمىٰ منها بمائة درهم، ولا خيار له أيضـًا.

وإن وجدها أقل من مائة قفيز[٤]، فالمشتري بالخيار: إن شاء أخذها بحصتها

---

(١) المجازفة من «الجُزاف في البيع والشراء-: وهو الحَدْس بلا كيل ولا وزن». كما في المغرب (جزف)؛ وفي معجم الوسيط: «جازف: باع الشيء الذي لا يُعلم كيله أو وزنه» (جزف).

(٢) وعلَّل الجصاص ذلك بقوله: «وذلك لأن القبض في مثل هذا يقع بالتخلية؛ لأن هذا هو التسليم المستحق على البَيِّع، فإذا فعل ما عليه، استحق الثمن، ونقل المشتري غير مستحق بالبيع، فلا يتعلق به حكم فيما بينهما، ألا ترىٰ أنّ المؤجِّر إنما يستحق الأجر بالتخلية، سكنها المستأجر أو لا»، ٣/ ٦٠.

(٣) وتكملة العبارة: «... فإن البيع يصح في قفيز واحد في قول أبي حنيفة؛ وذلك لأن جملة الثمن مجهولة، لا يصح العقد فيها، وثمن القفيز الواحد معلوم، فيصح العقد فيه». المصدر السابق نفسه ٣/ ٦١.

(٤) هنا في م عبارة (ثمنـًا، أو سمىٰ لكلِ ثمنـًا)، وهي في غير موضعها، ولعل السبب انتقال =

من الثمن، وإن شاء تركها ويطرح (حصة النقصان، سواء سمىٰ لكل قفيز ثمناً، أو سمىٰ لكلٍ ثمناً واحداً، أو يتعرف المعقود عليه بأول الكيل، ولا عبرة للكيل الذي بعده.

وكذلك هذا الحكم في جميع المكيلات، وكذلك هذا الحكم في جميع الموزونات التي ليس في تبعيضها مَضَرَّة[1].

[إذا سَمَّىٰ لكلٍ ثمناً واحداً، أو لكل ذراع ثمناً في الذرعيات]

وأما الذَّرْعي فيختلف الجواب فيه: بين ما إذا سمىٰ لكل ذراعٍ ثمناً على حدة، وبين ما إذا لم يُسَمّ، أما إذا سَمَّىٰ لكلٍ ثمناً واحداً، كما إذا قال: بعت منك هذا الكرباس[2] على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم، فوجده أزيد من ذلك، فهو كله للمشتري ولا خيار له؛ لأن الذرع في الذرعيات صفة، والعقد إنما يتعلق بالعين لا بالصفة؛ إذ الصفة في العين لغو، كما إذا اشترىٰ على أنه رديء فوجده جيداً، وإن وجد تسعة أذرع أو ثمانية أذرع، فلا يطرح لأجل النقصان شيء من الثمن، فالمشتري بالخيار: إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك، فصار كأنه اشتراه على أنه جيد فوجده رديئاً؛ لأن الأوصاف لا حصة لها من الثمن.

وأما إذا سمىٰ لكل ذراع ثمناً على حدة، نحو أن يقول: بعت منك هذا الثوب على أنه عشرة أذرع، كل ذراع بدرهم، فإن وجده مثل ما سمىٰ لزمه بعشرة دراهم، ولا خيار له، وإن وجده خمسة عشر ذراعاً، فالمشتري بالخيار: إن شاء أخذه كله بخمسة عشر درهماً، وإن شاء ترك؛ فمن حيث إن الذرع في المذروعات صفة

= البصر، كما تأتي العبارة بعد سطر.

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٦١.

(٢) «والكِرْباس: الثوب الخشن وهو فارسي معرب بكسر الكاف ـ، والجمع: كرابيس». المصباح (كرب).

دخل في المبيع جميع العين، ومن حيث إنه سمىٰ لكل ذراع ثمناً على حده، صار كل ذراع معقود عليه؛ فلهذا المعنىٰ يزاد في الثمن لزيادة الذرع، ولكن له الخيار؛ لأنه يلزمه زيادة ثمن، لم يكن لزومه ظاهراً وقت العقد، فيخيّر لعدم رضاه.

وإن وجده ثمانية أذرع أو تسعة أذرع، يطرح عن المشتري حصة النقصان، وله الخيار: إن شاء أخذه بحصته من الثمن، وإن شاء ترك؛ لتفرق الصفقة عليه.

ولو كانت الزيادة والنقصان دون الذراع نحو: أن يجده عشرة أذرع ونصف، أو تسعة أذرع ونصف، ذكر الاختلاف في غير رواية الأصول بين أصحابنا الثلاثة: في قول أبي يوسف: زيادة نصف ذراع كزيادة ذراع كامل، والمشتري بالخيار: إن شاء أخذه بأحد عشر درهماً، وإن شاء ترك، ونقصان نصف ذراع [كنقصان ذارع كامل]، ولكن له الخيار: إن شاء أخذ بعشرة دراهم وإن شاء ترك، ولا يطرح من الثمن شيء/ لأجل النقصان. [١٢٦-ب]

وقال أبو حنيفة رضي الله تعالىٰ عنه: زيادة نصف ذراع [كلا][١] زيادة، فيأخذه المشتري بجميع الثمن ولا خيار له، ونقصان نصف الذراع كنقصان الذراع الكامل، وله الخيار: إن شاء أخذه بتسعة دراهم، وإن شاء ترك.

وقال محمد: زيادة نصف ذراع يزاد على الثمن نصف درهم، وله الخيار: إن شاء أخذه بعشرة دراهم ونصف، وإن شاء ترك، ونقصان نصف ذارع ينقص من الثمن نصف درهم، وله الخيار: إن شاء أخذه بتسعة دراهم ونصف، وإن شاء ترك، اعتباراً للجزء بالكُلّ.

وكذلك هذا الحكم في جميع الذرعيات [كالأرض، والخشب وغيرهما]، وكذلك كل وَزْنِيّ إذا كان في تبعيضه مضره؛ لأن ذكر الوزن فيما في تبعيضه مضرة: عبارة عن الصفقة، كذلك الذرع في الذرعي: وهو أن يبيع من رجل إناء مصوغاً من

---

(١) في أ (كامل)، والمثبت من م.

نحاس، أو صفر، أو ما أشبه ذلك، على أن وزنه عشرة أمناء بمائة درهم، فوجده أزيد أو أنقص، وقد سمىٰ لكل مَنٍّ ثمناً على حدة أو لم يسم، فهو على ما ذكرنا(١).

[وُجُوْدُ المَبِيع بأَقَلَّ أَو أَكْثَرَ مِمّا اتَّفَقَا عَلَيْه]

وذلك لو قال: بعت منك هذه الدُّرَّة(٢) على أنها مثقالان(٣) بمائة درهم، فوجدها أكثر من مثقالين، فهو على هذا التفصيل الذي ذكرنا.

ولو باع مصوغاً من فضة على [أن وزنه] مائة درهم(٤) بعشرة دنانير، وتقابضا وافترقا، ثم وجد وزنه مائتي درهم، فهو كله للمشتري بعشرة دنانير، ولا يزاد في الثمن شيء، وإن وجده ثمانين أو تسعين، فالمشتري بالخيار على ما ذكرنا.

ولو سمىٰ لكل عشرة ثمناً على حدة، فقال: بعت منك هذا على أنه مائة درهم بعشرة دنانير: كل وزن عشرة بدينار، وتقابضا، ثم وجد وزنه مائة وخمسين، فإنه ينظر: إن علم ذلك قبل التفرق فله الخيار: إن شاء زاد في الثمن خمسة دنانير وأخذ كله بخمسة عشر ديناراً، وإن شاء ترك، وإن علم بعد التفرق، بطل البيع في ثلث المصوغ، وله الخيار في الباقي: إن شاء رضي بثلثيه بعشرة دنانير، وإن شاء رد الكل واسْتَرَدَّ الدنانير؛ [لأن الأشقاص](٥) في الأعيان عيب.

---

(١) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ٢/١٤٨، ١٤٩.

(٢) «والدُّرَّة بالضم-: اللُّؤلُؤة العظيمة الكبيرة، والجمع دُرٌّ». المصباح (درر).

(٣) المِثْقال بكسر فسكون، والجمع مثاقيل-: وزن الشيء وثقله.

ومن وحدات الوزن في الذهب: مثقال الذهب = ٧٢ حبة = ٤,٢٤ غراماً. معجم لغة الفقهاء (المثقال).

(٤) «الدرهم التي توزن بها الأشياء، مقدارها = ٥١ حبة = ٣,١٧ غراماً.

والدرهم: قطعة نقدية من الفضة (وهذا هو المشهور)، وزنها = ٦دوانق = ٤٨ حبة = ٢,٩٧٩ غراماً. معجم لغة الفقهاء (الدرهم).

(٥) في أ (للانتقاص)، والمثبت من م. «والشقص: الجزء من الشيء والنصيب». المغرب (شقص).

وإن وجد وزنه خمسين، وعلم ذلك قبل التفرق أو بعده، فله الخيار: إن شاء رَدَّه واسْتَرَدَّ عشرة دنانير، وإن شاء رضي به واسترد من الثمن خمسة دنانير، وكذلك لو باع مصوغـًا من ذهب بدراهم، فهو على هذا التفصيل.

ولو باع مصوغـًا من الفضة بجنسها، أو باع مصوغـًا من الذهب بجنسه مثل وزنه، على أن وزنه مائة بمائة، ثم وجده أكثر مما سمىٰ، فإن علم بالزيادة قبل التفرق فله الخيار: إن شاء زاد في الثمن قدر وزن الزيادة وأخذ الكل، وإن شاء ترك، وإن علم زيادة الوزن بعد التفرق، بطل البيع في الزيادة كلها، وإن وجده أقل مما سمّىٰ فله الخيار: إن شاء رضي بحصته من الثمن واسترد فضل الثمن، وإن شاء ردّه واسترد جميع الثمن، سواء سمّىٰ للجملة، أو سمىٰ لكل وزن درهم درهمـًا؛ لأن عند ملاقاة الجنس لا يجوز إلا سواء بسواء في الوزن، فصار كأنه سمىٰ ذلك وإن لم يسم له إلاّ الجملة، وأما تبر الذهب والفضة، فليس في تبعيضه مضرة، فحكمه حكم سائر الوزنيات[1].

[بَيْعُ الجُمْلَة بِجَهَالَة الثَّمَن لِلْعَدِي المُتَقَارب والمُتَفَاوِتِ]

وأما الحكم في العددي، فإنه ينظر: إن كان عدديـًا متقاربـًا: كالجَوْز والبَيْضِ، فحكمه كحكم الكَيْلِيِّ والوَزْنِيِّ، ويتعلق العقد بمقداره على ما ذكرنا من التفصيل فيما إذا سمىٰ لكُلِّ ثمنـًا واحدًا، أو سمىٰ لكل واحد ثمنـًا على حدة.

وإن كان عدديـًا متفاوتـًا: كالغنم، والبقر ونحوهما، فإن لم يسم لكل واحد منها على حدة، كما إذا قال: بعت منك مائة شاة بمائة درهم، أو سمىٰ [لكل واحدٍ ثمنًا]، فقال: كل شاة بعشرة، فإن وجدها مائة كما سمّاها [فَبِهَا] ونِعْمَتْ.

وإن وجدها زائدة فالبيع فاسد في الكل، سواء سمىٰ لكل واحدة ثمنـًا أو لم

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٢، ٢٣.

[١٢٧-أ] يُسَمِّ؛ لأن الزيادة / غير داخلة تحت العقد: وهي مجهولة فصار الباقي مجهولاً بجهالة الزيادة، وجهالة المبيع يبطل البيع، سواء سمىٰ لكل واحدة ثمناً أو لم يُسَمِّ.

فإن وجدها أقل [قبل أن] يسم لكل واحدة ثمناً، فالبيع فاسد لجهالة الثمن؛ لأنه يحتاج أن يطرح ثمن [الواحدة](١) من جملة الثمن، وهو مجهول، فصار ثمن الباقي مجهولاً بجهالة حصة الفائت، وإن كان سمىٰ لكل واحدة منها ثمناً على حدة، فالبيع جائز؛ لأن حصة الفائت من الثمن معلومة وهي عشرة، وحصة الباقي معلومة، ولكن له الخيار: إن شاء أخذ الباقي بما سمىٰ من الثمن وإن شاء ترك؛ لتفرق الصفقة عليه، وكذلك الحكم في جميع العددي المتفاوت.

[بيع القطيع على أن كُلَّ شاتين بعشرين درهمـًا]

ولو قال: بِعْتُ منك هذا القطيع من الغنم، على أن كل شاتين منها بعشرين درهمـاً، وسمىٰ جملة مائة، فالبيع فاسد، وإن وجده كما سَمَّىٰ؛ لأن ثمن كل واحدة منهما مجهول؛ لأن كل شاة منها إنما تعرف حصتها من الثمن إذا ضمت إليها شاة أخرىٰ، ولا يدري أي شاة تضم إليها حتى تعلم حصتها، فإذا ضمت إليها شاة أردأ منها، تكون حصتها أكثر، وإذا ضمت إليها شاة أجود منها، تكون حصتها أقل؛ فلذلك لا يجوز، هذا كله إذا باع وسمىٰ جملة المبيع من الكيلي، والوزني، أو من الذرعي، والعددي.

[بيع ما لم يُسَمِّ جملته]

وأما إذا باع ولم يسم جملته نحو أن يقول: بعت منك هذه الصبرة بعينها كل قفيز منها بدرهم، قال أبو حنيفة: يجوز البيع في قفيز منها بدرهم، ولا يجوز البيع

---

(١) في أ (الزائد)، والمثبت من م.

في الباقي إلاّ إذا كان علم [المشتري] جماعة القفزان قبل الافتراق، فله الخيار: إن شاء أخذ كل قفيز بدرهم، وإن شاء ترك، ويلزمه البيع في قفيز واحد بدرهم(١).

وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز البيع في جميع الصبرة كل قفيز منها بدرهم، سواء علم جماعتها في المجلس أو بعد الافتراق(٢).

وكذلك لو قال: بعت منك هذه الصبرة كل قفيزين منها بدرهمين، أو كل ثلاثة [أقفزة] منها بثلاثة دراهم، فهو على الاختلاف، وكذلك هذا الحكم في الوزني الذي ليس في تبعيضه مضرة.

وأما الحكم في الذرعي إذا قال: بعت منك هذا الثوب كل ذراع بدرهم، ولم يسم جملة الذرعان، أو قال: بعت منك هذه الأرض كل ذراع منها بكذا، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ: لا يجوز البيع في الكل لا في ذراع ولا في الباقي.

أما البيع في الذراع لا يجوز لجهالة المبيع؛ لأن بيع الذراع من الجملة لا يجوز، ولا يجوز البيع في الباقي لجهالة الثمن، إلا إذا علم المشتري جملة الذرعان في المجلس، فله الخيار، فإن تفرقا قبل العلم تأكد الفساد.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ: يجوز البيع في الكل كل ذراع بما سمىٰ له من الثمن، ولا خيار له، كما قالا في الكيلي والوزني، وأبو حنيفة رضي الله تعالىٰ عنه فرق بينهما: وقال في الكيلي والوزني: يجوز البيع فيما سمىٰ مقداره بما سمىٰ له من الثمن، وهاهنا لا يجوز البيع في الكل؛ لأن بيع القفيز من الصبرة جائز؛ لأنه لا يتفاوت، [وبيع الذراع من الجملة لا يجوز؛ لأنه يتفاوت]، ولأنَّ في فضله مضرة للبائع.

---

(١) مختصر الطحاوي ص٧٩؛ «وذلك لأن جملة الثمن مجهولة، لا يصح العقد فيها، وثمن القفيز الواحد معلوم، فيصح العقد فيه». شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٦١.

(٢) «وذلك لأن المعقود عليه من الطعام معيَّن، يصح البيع فيه، وإنما بقي علينا في جملة ثمنها: أن نكيل الطعام، فلا يُفْسِد ذلك المبيع»، المصدر السابق نفسه.

وكذلك لو قال: بعت منك هذا الثوب: كل ذارعين بدرهمين، أو قال: كل ثلاثة أذرع بثلاثة دراهم، فهو على هذا الاختلاف، وكذلك الحكم في الوزني الذي في تبعيضه مضرة.

وأما الحكم في العددي، فإنه ينظر: إن كان عددياً متقارباً فالحكم فيه كما ذكرنا في الكيلي والوزني، وإن كان عددياً متفاوتاً نحو أن يقول: بعت منك هذا القطيع من الغنم كل شاة (بعشرة دراهم، فهو على الاختلاف الذي ذكرنا في الذرعي.

ولو قال: بعت منك هذا القطيع كل شاتين)[1] بعشرين درهماً، لا يجوز البيع في الكل في قولهم جميعاً، وإن علم الجملة في المجلس واختار البيع فلا يجوز أيضاً؛ لأنه يكون ثمن كل واحدة منهما مجهولاً لا يدري كم هو، فلا يجوز.

وأما لو قال: بعت [منك] هذه الصبرة بمائة درهم، كل/ قفيز بدرهم، ولم يسم جملة الصبرة، ولكنه سمىٰ جملة الثمن، ذكر الطحاوي هاهنا: أنه يجوز ويجعل تسميته جملة الثمن كتسمية جملة البيع، ولم يذكر محمد رحمه الله تعالىٰ هذا في الكتب، إلاّ أنه صحيح، فصار كأنه قال: بعت منك هذه الصبرة على أنها مائة قفيز كل قفيز بدرهم، فالجواب فيه ما ذكرنا. [١٢٧-ب]

[والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب][2].

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٤٩ وما بعدها.

باب المُصَرَّاة[١]

قال أبو جفعر: قال أبو حنيفة رحمة الله تعالىٰ عليهما: (**إذا اشترىٰ الرجل ناقة أو شاةً على أنها لبون، ثم حلبها مرة بعد مرة فتبيَّن له نقصان لبنها: إنها مصراة، فإنه يرجع على البائع بنقصان عيبها، وليس له أن يردها عليه دون لبنها، ولا مع لبنها**)[٢]، وإنما لم يكن له حق الرد؛ لأن اللبن زيادة منفصلة متولدة منها، وذلك يمنع الرد بالعيب، كما إذا وجد بها عيباً آخر، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وهو قول أبي يوسف الظاهر.

وروىٰ أصحاب الإملاء عن أبي يوسف: أنه يردها وصاعاً من تمر ويحبس لبنها، وهو قول الشافعي[٣].

وأجمعوا أنه لو وجد بها عيباً آخر دون التصرية، فإنه لا يردها بالعيب، ويرجع بالنقصان، احتج أبو يوسف في هذه الرواية بالحديث الذي روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «**من اشترىٰ شاة فوجدها محفلة فهو بخير النظرين إلى ثلاثة أيام**»، وفي بعض الروايات قال: «**بخير النظرين إلى ثلاثة أيام**»، وفي بعض الروايات قال: «**بخير النظرين إلى ثلاثة أيام**»، وفي بعض: «**إن رضيها أمسكها، وإن**

---

(١) والمُصَرَّاة، من صَرَّ الصُّرَّةَ: شَدَّها، وصَرَّ الناقة: شَدَّ عليها الصِّرار بالكسر: وهو خيط يُشَدُّ فوق الخِلْف؛ لئلا يرضعها وَلَدَها».

والمُصَرَّاة: «التي جمع اللبن في ضرعها بترك حَلْبها؛ ليغتر بها المشتري فيزيد في الثمن». كما في المغرب؛ المصباح (صرىٰ)، ويأتي في شرح المؤلف.

(٢) مختصر الطحاوي ص٧٩.

(٣) انظر: المهذب ٣/ ١٠٧؛ المجموع ١١/ ٣٩٢؛ المنهاج ص ٢٢٣.

سخطها ردَّها، ورَدَّ مَعَهَا صَاعـًا من تَمْرٍ»(١)(٢).

ومعنىٰ قوله: «**مُحَفَّلَةً**»، يعني: مشدودة الضرع ليجتمع لبنها أياماً(٣).

ومعنىٰ قوله: «**بخير النظرين**»، قال بعضهم: النظرة الأولىٰ: عند الحلبة الأولىٰ، والنظرة الأخرى: عند الحلبة الأخرىٰ، ومعنىٰ قوله: «**بخير النظرين**»، أي: نظره لنفسه بالاختيار والإمساك، ونظره للبائع بالرد عليه والفسخ.

ولو اشترىٰ بقرة أو شاة ممتلئة الضرع، وهو يرىٰ أنها لبون بغير شرط، ثم حلبها مرة أخرىٰ، فتبين له بنقصان لبنها، أنها كانت مصراة، والمصراة: هي أن يجعل البائع ضَرْعها في صرة أياماً ولم يحلبها، فيجتمع لبنها ويمتلئ ضرعها ثم

---

(١) أخرجه البخاري (٢٠٤٣)؛ ومسلم (١٥٢٤) من غير زيادة (إلى ثلاثة أيام)، وإنما ذكر البخاري ذلك عن ابن سيرين.

(٢) هكذا ورد، الروايات في المخطوطة مكررة، ولعل المؤلف أراد بقوله: (وفي بعض الروايات)، كرراً ثلاث مرات، ما بيَّنه الجصاص في شرحه في الموضع ذاته: «وأما خبر المصراة، فإنه يُروىٰ عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم على أربعة أوجه:

يروىٰ من طريق أبي هريرة على ثلاثة أوجه:

أحدها: (من اشترىٰ شاة مصراة، فهو بأحد النظرين: إن شاء أمسكها، وإن شاء ردَّ معها صاعاً من تمر».

والوجه الآخر: (فليرد معها صاعـاً من طعام أو تمرٍ).

والثالث: (من اشترىٰ شاة مُصَرَّاة، فالمشتري بالخيار ثلاثة أيام: إن شاء ردَّها وصاعـاً من لبن).

والوجه الرابع: رُوي عن عبد الله بن عمر أنه قال: يقول رسول صلىٰ الله عليه وسلم: (من باع مُحَفَّلَةً، فهو بالخيار ثلاثة أيام: فإن ردَّها، ردَّ معها مثل لبنها، أو مثله قمحـًا)، فهذا يخالف الأخبار الأُوَل من قِبَل أنه ذكر القمح، وذكر ردَّ المثل أيضـًا، وهذه الألفاظ كلها صحيحة عندنا، على مذهبنا، ولَا تستقيم على مذهب مخالفنا ...». شرح المختصر ٣/ ٦٤ - ٦٦.

(٣) «والتحفيل، مثل التَّصْرِية: وهو أن لا تُحْلَب الشاة أيامـًا، ليجتمع اللبن في ضرعها للبيع، والشاة مُحَفَّلَة، ومُصَرَّاة»، مختار الصحاح (حَفَل).

يبيعها، ولم يُبَيِّنْ أنها مُصَرَّاة، اختلف المشايخ في هذا: قال بعضهم: هذا بمنزلة الشراء على أنها لبون، ثم وجدها مُصَرَّاة، فله أن يرجع بحصة العيب على البائع، وجعلوا [نفس التصرية] عيباً فيها، وقال بعضهم: لا يكون بمنزلة الشراء على أنها لبون، ولم يجعلوا التصرية عيباً فيها، والأَوَّلُ أَصَحُّ.

ثم إن الطحاوي أجاز البيع بهذا الشرط: وهو أن يشتريها على أنها لبون، وجعل ذلك من الشروط التي ترجع إلى بيان صفة المعقود عليه.

وذكر الكرخي في مختصره: أنه إذا اشتراها على أنها حلوب فالبيع فاسد، وقد ذكرنا فيما تقدم(١).

[ظُهُوْرُ العَيْبِ فِي الأَمَةِ بعد اسْتِغْلالِهَا]

قال: (ومن اشترىٰ أمةً فاستغلها ثم أصاب بها عيباً، رَدَّها على بائعها، واحتبس غَلَّتَها، وكانت طيبة له)(٢).

المبيع يدخل في البيع سليماً من العيوب، ولهذا يثبت للمشتري خيار الرد بالعيب إلاّ إذا كان المشتري عالماً بالعيب وقت العقد، فحينئذٍ يدخل في البيع معيباً بالعيب الذي علمه المشتري، ولا يثبت له حق الرد به، ثم العيب: ما نقص الثمن عند التجار، وأخرجه عن حال الصحة والاعتدال، سواء كان يورث نقصاناً فاحشاً في الثمن، أو نقصاناً يسيراً بعد أن كان ما يعده أهل [الخبرة من] تلك الصناعة عيباً فيه.

---

(١) وكذا ردّ الجصاص على قول الطحاوي «في الشاة ونحوها إذا اشتراها على أنها لبون، وإجازة البيع فيها مع هذا الشرط-: فإنّ الذي نعرفه في مذهبهم في ذلك: أن البيع فاسد»، ثم ذكر قول الكرخي على فساد البيع، كما ذكر المؤلف هنا. شرح المختصر ٣/ ٦٢.

(٢) مختصر الطحاوي ص٨٠.

[حَقُّ الرَّدِّ إذَا وَجَدَ المَبِيْعَ مَعِيْبًا]

فإذا وجد بالمبيع عيباً، كان قبل العقد أو حدث بعد العقد قبل القبض، فله حق الرد يسيراً كان العيب أو كثيراً/ إلاّ إذا اشتراه وهو عالم بالعيب، أو قبضه وهو عالم وقت القبض، فكان راضياً بالعيب. [١٢٨-أ]

وإذا وجد به العيب بعدما ازداد المبيع، فالزيادة لا تخلو: إما أن تكون متصلة أو منفصلة، وكل واحد منهما لا يخلو: إما أن تكون متولدة من الأصل أو غير متولدة منه، ولا يخلو: إما أن يكون قبل القبض، أو بعده، والبيع لا يخلو: إما أن يكون صحيحاً، أو فاسداً:

أما إذا كان البيع فاسداً، فإن الزيادة لا تمنع الرد والفسخ، والمبيع يرد على البائع مع الزيادة، إلاّ إذا كانت الزيادة متصلة غير متولدة منه، كما إذا صبغ الثوب، أو كان سَوِيْقاً فلَتَّهُ بسَمْنٍ أو بعسل، انقطع حق صاحبه عنه، وضمنه قيمته أو مثله إن كان مثلياً.

ولو كان المبيع أرضاً فبنىٰ فيها، أو غرس فيها أشجارًا، انقطع حق البائع عنها، ويأخذ من المشتري قيمة الأرض وقت القبض في قول أبي حنيفة، وليس له أن يقلع الأشجار والبناء، وفي قولهما: له أن يستردها ويقلع البناء والغرس.

وأما إذا كان البيع جائزاً، فوجد بالمبيع عيباً بعد حدوث الزيادة، فإنه ينظر: إن حدثت الزيادة قبل القبض، إن كانت متصلة متولدة من الأصل: كاللَّبَن، والحُسْن، والجَمَال، أو كان نحيفاً فسمن، أو أصَمّاً فسمع، أو كان أبيض إحدىٰ العينين فانجلى البياض، أو ما أشبه ذلك، فإن ذلك لا يمنع الرد بالعيب.

وإن كانت الزيادة متصلة غير متولدة منه، كالصِّبْغ[١] في الثوب، أو كان سَوِيقاً

---

(١) «الصِّبْغُ بكسر الصاد ـ والصِّبْغَةُ، والصِّبَاغ أيضاً، كلمة بمعنىٰ: هو ما يُصْبغ به»، المصباح (صبغ).

فلَتَّه بسَمْن أو بعَسَل، أو كانت أرضـاً فبنىٰ فيها بناءً، صار المشتري قابضـاً بإحداث هذه الزيادة فيها، وصارت هذه الزيادة كأنها حدثت بعد القبض، فتمنع الرد، ويرجع بحصة العيب(١).

ولو كانت الزيادة منفصلة متولدة من الأصل: كالوَلَدِ، واللبن، والثَّمَر، والصُّوْفِ، والأَرْش، والعَقْر، وما أشبه ذلك، فإنه لا يمنع الرد: فإن شاء ردها جميعـاً، وإن شاء رضي بها بجميع الثمن، ولو لم يجد بالمبيع عيبـاً ولكنه وجد بالزيادة عيبـاً، فليس له حق الرَّدِّ؛ لأن الزيادة لا حصة لها من الثمن قبل القبض، إلاّ إذا كان حدوث تلك الزيادة قبل القبض تورث نقصانـاً في المبيع، حينئذٍ له خيار الرد لأجل النقصان في المبيع.

ولو قبضها ثم وجد بالمبيع عيبـاً، له أن يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن بعدما قسم الثمن على قيمته وقت البيع، وعلى قيمة الزيادة وقت القبض، ولو وجد بالزيادة عيبـاً دون المبيع، له أن يردها خاصة بحصته من الثمن؛ [لأنه صار لها حصة من الثمن] بعد القبض.

ولو كانت الزيادة غير متصلة وغير متولدة من الأصل: كالهبة، والصدقة، والكسب، فإنها لا تمنع الرد، فإذا ردّ تكون الزيادة للمشتري بغير ثمن في قول أبي حنيفة، ولا تطيب له، عندهما: الزيادة للبائع ولا تطيب له أيضـاً، وإن رضي بالعيب واختار البيع، فالمبيع مع الزيادة له في قولهم جميعـاً، ولا تطيب له.

والأصل عند أبي حنيفة رضي الله تعالىٰ عنه: أن الزيادة في البيع الباتّ للمشتري، تَمَّ البيع أو انفسخ، وأن بيع الخيار موقوف، إن تَمَّ البيع فللمشتري،

---

(١) «ألا ترىٰ أنه يقدر على نقل الملك فيه، وإنما تَعَذَّر الرد من طريق الحكم؛ لأنه لا يمكنه فسخ البيع في الزيادة التي حصلت بالصبغ؛ لأنه لم يدخل تحت العقد، ولا يمكنه فسخ البيع في الثوب دون الصبغ، فإنما امتنع رده من طريق الحكم، لا من جهة أنه لا يمكن نقل الملك فيه؛ ولذلك كان الأمر فيه على ما وصفنا». شرح المختصر ٣/ ٧١.

وإن انفسخ فللبائع، وعندهما: إن كان المِلْكُ لواحد والضمان له، فالزيادة له تمّ أو انفسخ، وإن كان الملك لأحدهما، والضمان لآخر، فهي لصاحب الملك، إلاَّ أن يكون ملكاً لا قرار له، وفي المبيع قبل القبض الملك للمشتري، والضمان للبائع، ولكن لا قرار له؛ لجواز أن يهلك، فيبطل البيع.

ولو قبض المبيع مع هذه الزيادة ثم وجد بالمبيع عيباً، والزيادة قائمة، فعند أبي حنيفة: له أن يرد المبيع خاصة بجميع الثمن، وعندهما: يرده ويرد الزيادة معه؛ لأنها حدثت قبل القبض، ولو وجد بالزيادة عيباً لا يردّها؛ لأنه لو ردّها ردها بغير ثمن؛ لأنها لا حصة لها من الثمن، ولو كانت الزيادة هالكة، له أن يرد المبيع خاصة [١٢٨-ب] بجميع الثمن بالإجماع، هذا/ كله إذا حدثت الزيادة قبل القبض.

وأما إذا حدثت بعد القبض ثم اطلع على عيب كان فيه عند البائع، إن كانت الزيادة متصلة متولدة من المبيع، فإنها تمنع الرد والفسخ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ويرجع على بائعه بنقصان العيب، وقال محمد: لا تمنع الرد والفسخ، ولو كانت الزيادة متصلة غير متولدة منه، فإنها تمنع الرد والفسخ بالإجماع.

ولو كانت الزيادة منفصلة متولدة منه، فإنها تمنع الرد ويرجع بحصة العيب، إلاّ إذا تراضيا على الرَّدِّ، صار ذلك بمنزلة بيع جديد، وإن كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من الأصل، فإنها لا تمنع الرد، والزيادة للمشتري، وتطيب له هذا إذا كانت الزيادة قائمة في يدي المشتري.

وأما إذا كانت الزيادة هالكة، فهلاكها لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن يكون بآفة سماوية، أو بفعل المشتري، أو بفعل الأجنبي، فإن كان بآفة سماوية صارت كأنها لم تكن، وللمشتري أن يرد بالعيب، وإن كان بفعل المشتري، فالبائع بالخيار: إن شاء قَبِلَ وَرَدَّ جميع الثمن، وإن شاء لم يَقْبَلْ ورَدَّ حصة العيب، سواء كان حدوث تلك الزيادة يورث نقصاناً في الأصل أو لا يورث نقصانًا فيه؛ لأنه فَوَّتَ الزيادة

فصار كأنه فَوَّتَ جزءاً منها؛ لأنها متولدة منه، فلذلك أثبتنا للبائع الخيار.

وإن كان فوات تلك الزيادة بفعل الأجنبي، فليس له أن يرد؛ لأنه يجب على الأجنبي ضمان الزيادة، وقيام الضمان كقيام عينه، ويرجع بحصة العيب هذا كله حكم الزيادة.

وأما إذا انتقص المبيع فلا يخلو: إما أن يكون قبل القبض أو بعده، والنقصان لا يخلو من خمسة أوجه: إما أن يكون بفعل المشتري، أو بفعل البائع، أو بفعل الأجنبي، أو بآفة سماوية، أو بفعل المعقود عليه:

أما إذا كان حدوث النقصان قبل القبض، إن كان بفعل البائع، فالمشتري بالخيار: سواء وجد به عيباً، أو لم يجد، إن شاء أخذه ويطرح عنه من الثمن [بإزاء] النقصان الذي كان بفعل البائع، وإن شاء ترك.

وإن كان النقصان بفعل المشتري، فلا خيار له، ويصير قابضاً له بالخيار، ويلزمه جميع الثمن، وإن وجد به عيباً كان عند البائع، فله أن يرجع بحصة العيب إلّا إذا رضي به البائع مع النقصان، فيرده عليه ويسقط عنه جميع الثمن، وإن شاء المشتري رضي به، ولا يرجع على البائع بشيء.

ولو أراد أن يرجع بعدما رضي البائع بحصة العيب، ويحبس المبيع، ليس له ذلك، هذا إذا لم يوجد من البائع منع لأجل الثمن، بعدما صار المشتري قابضاً بالجناية.

ولو وجد منه المنع ثم وجد المشتري به عيباً، كان له أن يرده على البائع، ويسقط عنه جميع الثمن إلا حصة ما نقص بفعله.

هذا إن كان النقصان بفعل الأجنبي، فالمشتري بالخيار: إن شاء رضي به بجميع الثمن، واتبع الجاني بالأرش، وإن شاء تركه وسقط عنه جميع الثمن، ثم البائع يتبع الجاني، سواء إن وجد المشتري به عيباً أو لم يجد.

وإن كان النقصان بفعل المقعود عليه، أو بآفة سماوية، فالمشتري بالخيار سواء إن وجد به عيباً أو لم يجد-: إن شاء أخذ بجميع الثمن، وإن شاء رَدَّه، إلاّ إذا كان النقصان بفعل المعقود عليه، فإنه تطرح عنه حصته من [الأصل][1] وله الخيار.

هذا كله إذا حدث النقصان قبل القبض، وأما إذا حدث النقصان بعد القبض، فإنه ينظر: إن كان النقصان بآفة سماوية، أو بفعل المعقود عليه، أو بفعل المشتري، فأراد [أن يردّه] بالعيب، ليس له ذلك؛ لأنه أخذه بعيب واحد، ولو رده رده بعيبين ويرجع بنقصان العيب، إلا إذا أراد البائع أن يرده عليه ناقصاً، فإن/ المشتري لا [١٢٩-أ] يرجع بنقصان العيب، فأما أن يرضىٰ بجميع الثمن، أو يرده.

وإن كان النقصان بفعل الأجنبي، أو بفعل البائع، فإنه يجب الأرش على الجاني، والأرش يمنع الفسخ، ويرجع على البائع بحصة العيب من الثمن[2].

[احْتِسَابُ حِصَّةِ العَيْبِ مِنَ المَبِيْعِ]

ثم حصة العيب من الثمن: أن المبيع يقوّم وليس به العيب الذي وجده، ويقوّم وبه ذلك العيب، فينظر إلى ما نقص من قيمته لأجل [العيب][3]، فإن كان النقصان عشر القيمة، فحصة العيب هي عشر الثمن، وإن كان النقصان خمس القيمة فحصة العيب هي خمس الثمن.

بيانه: إذا اشترىٰ ثوباً قيمته مائة بعشرة دراهم، فوجد به عيباً ينقص من قيمته عشرة دراهم، فإنه يرجع على البائع بعشر الثمن: وهو درهم.

ولو كان ما وجد من العيب ينقص من قيمته عشرين درهماً، رجع بخُمُس الثمن: وهو درهمان.

---

(١) في الأصل (الثمن)، والمثبت من م.
(٢) انظر بالتفصيل: فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ٩٠.
(٣) في الأصل (القيمة)، والمثبت ما يقتضيه السياق.

ولو كان اشترىٰ الثوب بمائتي درهم وقيمته مائة درهم، فإن كان العيب ينقص من قيمته العشر: وهو عشرة دراهم، فإنه يرجع على البائع بعُشْرِ الثَّمَن: وهو عشرون درهمـاً، فإن كان العيب ينقص الخمس: وهو عشرون درهما، فإنه يرجع بخمس الثمن: وهو أربعون درهمـاً، وكذلك على هذا القياس(١).

[أَسْبَابُ ظُهُورِ العَيْبِ]

ثم هذه المسائل أن تقول: بأن ظهور العيب شرط لصحة الخصومة، ولظهور العيب أسباب: فمن العيب ما يكون ظاهراً في المعقود عليه، يمكن الوصول إلىٰ معرفته بالمشاهدة والعيان: كبياض العين، والعَوَر، وسقوط السِّنِّ واسْوِدَادِها، والصَّدْع في الحائط، والجُذُوع، وما أشبه ذلك.

ومن العيوب ما يكون في الجوف: كالداء الذي يتوصل إليه بقول الأطباء الذين لهم بَصَرٌ في معرفة ذلك.

ومن العيب ما يكون في الفرج: وفي مواضع العورة من الجواري ليتوصل إليه بقول النساء.

ومن العيب ما يثبت بالخبر: كالإباق في الرقيق، والسرقة، والبول في الفراش، والجنون، وغير ذلك.

[مَا يُتَوَصَّلُ إِلَى العَيْبِ بِالمُشَاهَدَةِ]

أما إذا كان العيب ظاهراً، يتوصل إليه بالمشاهدة، صَحَّتْ خصومة المشتري في العيب، ثم ينظر: إن كان قبل القبض فللمشتري أن يرده ويفسخ البيع بقوله: رَدَدْتُ، ولا يحتاج إلى رضا البائع، ولا إلى قضاء القاضي، وبعد القبض لا ينفسخ

(١) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ٩٨.

إلا برضا البائع أو بقضاء القاضي، فإن رضي البائع فَبِهَا وَنِعْمَتْ، وإن لم يرض واختصما إلى القاضي، [فإن القاضي] ينظر في ذلك العيب: فإن كان قديماً، أو حادثاً غير أنه لا يحدث مثله في مثل تلك المدة، فإن القاضي يرده على البائع بعلمه أنه كان عند البائع، ويحلف المشتري بالله ما رضي بذلك العيب، ولا عَرَضَه على بيع منذ رآه، إذا طلب البائع يمينه على ذلك، وأما إذا لم يطلب البائع يمينه، فإن القاضي لا يحلف المشتري في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف أنه قال: يحلفه [تحصينًا] لقضائه عن النقض.

وإن كان العيب قد يحدث مثله في تلك المدة وقد لا يحدث، فإن أَقَرَّ البائع أنه كان عنده، فإنه يرده عليه بإقراره، وإن أنكر أن يكون العيب عنده، فالقول قوله، وعلى المشتري البينة، فإن أقام البينة أنه كان عند البائع، يرده عليه، وإن عجز عن إقامة البينة: يحلف البائع بالله لقد باع وسَلَّم إلى المشتري بحق هذا العقد، وما به ذلك العيب، فإن حلف برئ، وإن نكل يُرَدُّ عليه.

[ما يتوصل إلى العيب بقول الأطباء، أو النساء]

وأما إذا كان العيب في الجوف يتوصل إليه [بقول] الأطباء، فإن اتفق اثنان منهم من أهل الشهادة: أن العيب به، صَحَّت خصومته، فإن كان قبل القبض ينفسخ بقوله: رَدَدْتُ، كما ذكرنا، وإن كان بعد القبض فإن القاضي يسألهما: أنه هل حدث مثله في مثل تلك المدة أم لا؟ فإن قالا: لا يحدث، يرد عليه، وإن قالا: يحدث مثله، يحلف البائع بالله لقد باعه وسَلَّمَ / إليه وما به هذا العيب، فإن حلف [١٢٩-ب] برئ، وإن نكل يرد عليه.

وأما إذا كان العيب يتوصل إليه بقول النساء، فأَخْبَرَتْ امرأة واحدة من أهل الشهادة بوجود العيب بها، فإنه ينظر: إن كان قبل القبض فليس للمشتري فسخ البيع بقول النساء، ولكن يقبل قولها لإيجاب اليمين على البائع، فيحلف البائع:

بالله ما بها ذلك العيب حين باعها، فإن حلف، لزم المشتري، وإن نكَل، يُرَدُّ عليه، وإن أخبرت: أن العيب ليس بها، فلا يمين على البائع، ويجبر المشتري على قبضها بجميع الثمن؛ لأن العيب لم يظهر.

وإن كان بعد القبض فأخبرت امرأة عدل بوجوده بها، صَحَّتْ خصومة المشتري، ويحلف البائع عن الثبات[1] بالله لقد باعَ وسَلَّم وما بها ذلك العيب، فإن حلف برئ، وإن نكل يرد عليه.

[مَا يُتَوَصَّلُ إِلَى العَيْبِ بِالخَبَرِ]

وأما إذا كان العيب يتوصل إليه بالخبر، ولا يثبت ذلك إلا بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين مثل[2]: الإباق، والسرقة، والبول في الفراش في الجارية والغلام عيب ماداما صغيرين، ويزول ذلك العيب بالإدراك والكبر، فإذا وُجِدَ ذلك في حالة الصغر، ثم وجد منهما ذلك عند المشتري وهما صغيران، فللمشتري أن يردهما به، وقيل: إن البول في الفراش يكون عيباً في الصغر إذا كان من أهل التمييز، وأما إذا لم يكن من أهل التمييز والعقل فلا يكون عيباً.

ولو وجد عند المشتري بعد الإدراك والكِبَرِ، وقد كان وجد ذلك عند البائع في حالة الصِّغَرِ، فليس للمشتري حق الرد؛ لأن ما وجد منهما عند البائع زال بالإدراك، وما وجد عند المشتري فهو عيب حادث عنده غير الذي كان عند البائع.

ولو وجد ذلك منهما بعد الإدراك عند البائع، ثم وجد ذلك عند المشتري، فله أن يردهما به؛ لأنه لما وجد ذلك بعد الإدراك عند البائع، فهو عيب لازم أبداً، ولو لم يوجد ذلك عند المشتري، فليس له حق الرد بالعيب الموجود عند البائع، وكذلك لو وجد ذلك منهما في حالة الصغر عند البائع، ثم باع ولم يوجد عند

---

(١) في م (على البيع).
(٢) في م (ثم) هنا.

المشتري وهما صغيران، فليس له أن يردهما به.

وأما الجنون إذا وجد فيهما، فهو عيب لازم أبداً، سواء وجد ذلك فيهما في حالة الصغر أو في حالة الكبر، ولا يزول عنهما ذلك بالإدراك، ولو لم يوجد ذلك عند المشتري، فليس له أن يرده بالعيب الموجود عند البائع ما لم يوجد عنده.

وقال بعض مشايخنا: له أن يرده؛ لأن الجنون عيب يحل بالعقل، فإذا وجد مرة لا يزول ذلك، ويبقىٰ [ذلك] أبداً.

وأما الزوجية عيب في الغلام والجارية جميعـاً، وفي حالة الصغر والكبر أيضـاً[1]، فهذه العيوب كلها يتوصل إليها بالخبر.

وإذا باع رجل من رجل غلامـاً أو جارية بألف درهم، وقبضها المشتري، ثم جاء يرده وقال: وجدته آبقـاً، أو وجدته يبول في الفراش، أو وجدته سارقـاً، وجد ذلك عندي، وقد كان وجد ذلك عند البائع بعد البلوغ، فهذا لا يخلو: إما أن يُقِرَّ البائع بالأمرين جميعـاً، أو ينكر الأمرين جميعـاً، أو يقر بوجوده عنده وينكر وجوده عند المشتري، أو يقر بوجوده عند المشتري وينكر وجوده عنده.

أما إذا كان مُقِرّاً بالأمرين جميعـاً، فله أن يرده على البائع، وإن أنكر الأمرين جميعـاً، فلا يَصِحُّ خصومة المشتري؛ لأن ظهور العيب شرط لصحة الخصومة ولم يظهر، إلاّ إذا أقام البَيِّنَةَ على وجوده عنده، حينئذٍ صحَّت خصومته.

ثم يحتاج إلى إقامة البينة على وجوده عند البائع بعد البلوغ، فإن أقام عليه البينة فإنه يرده، وإن عجز عن إقامة البينة على وجوده عند البائع، فله أن يحلف البائع:
[١٣٠-أ] بالله تعالىٰ لقد باع وسَلَّم، وما أبق [عنده] منذ بلغ / مبلغ الرجال، وفي السرقة والبول في الفراش كذلك، وفي الجنون يحلف بالله ما جُنَّ قط، ولو عجز عن إقامة

(١) في م (جميعـاً).

البينة على وجوده عنده وعند البائع، فإنه لا تَصِحُّ خصومته، وله أن يحلف البائع على العلم لإظهار العيب: بالله ما يعلم أنه وجد ذلك عند المشتري، فإن حلف على العلم، لم يظهر العيب ولا تصح خصومته، وإن نكل عن اليمين، صحَّتْ خصومته، وظهر العيب، ثم يحلف البائع [ثانيـاً على الثبات][1]: بالله لقد باع وسَلَّم وما وجد ذلك عنده منذ بلغ مبلغ الرجال، وفي الجنون: ما وجد ذلك قَطُّ.

ولو أقرَّ البائع بوجوده عنده، وأنكر وجوده عند المشتري، ليس له الرد حتى يظهر وجوده عنده: إما بإقامة البيِّنَة، أو بتحليف البائع على العلم، وإذا أَقرَّ بوجوده عند المشتري وأنكر وجوده عنده، صَحَّت خصومته، ويحلف البائع على الثبات: بالله لقد باع وسَلَّم وما وجد ذلك منه منذ بلغ، وفي المجنون: ما جُنَّ قط[2].

[وجود عيب الزوجية]

ولو اشترىٰ جارية وقبضها، ثم جاء يردها، وقال: وجدتها ذات زوج، وأنكر البائع أن لها زوجـاً، أو أَقَرَّ بأنه كان لها زوج، ولكنه مات قبل البيع، أو كان طَلَّقَها تطليقتين أو تطليقة بائنة قبل البيع، فلا تَصِحُّ خصومة المشتري في الرَّدِّ، وليس له أن يُحَلِّف البائع.

ولو أقام البينة على أن فلانـاً ابن فلان زوجها وهو غائب، لا يلتفت إلى بينته؛ (لأنه أقامها على الغائب بإثبات النكاح، إلّا إذا أقام البينة على إقرار البائع بالنكاح، تقبل بينته)[3]، وإن أراد أن يحلف على إقراره، له ذلك.

ولو كان للجارية زوج معروف عند المشتري، فادَّعىٰ المشتري أن زوجها هذا كان عند البائع، وأراد ردّها به، والبائع يقول: كان لها زوج عندي غير هذا، فالقول

---

(١) في أ (ثلاثـاً على البيان)، والمثبت من م.

(٢) انظر: خزانة الفقه ص١٧٣ - ١٧٥؛ الهداية ٣/ ٩٦٧ - ٩٧٠.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من م.

[قوله، والبيّنة بيّنة] البائع، وليس للمشتري أن يرد بما أقر به البائع غير هذا؛ لأنه أنكر حق الرَّدِّ بهذا العيب الذي يَدَّعِيه المشتري.

ولو أَقَرَّ البائعُ أن زوجها كان فلان بن فلان، ولكنه طلقها تطليقة بائنة أو تطليقتين، ثمَّ بيعت، والمشتري يَدَّعِي قيام الزوجية، فالقول قول البائع؛ لأنه أنكر ثبوت حق الفسخ للمشتري، حيث أنكر الزوجية وقت البيع، فإن حضر الزوج بعد ذلك وأنكر النكاح، أو أَقَرَّ بالنكاح والطلاق جميعاً، كما قال البائع، فالقول قول البائع، وليس للمشتري حق الرد، وإن ادَّعَىٰ الزوج بالنكاح وأنكر الطلاق، فالقول قوله، وللمشتري أن يردها به؛ لأن الزوجية قد ثبتت.

ولو أن البائع أقر بالنكاح وقت البيع، إلاّ أنه ادَّعَىٰ أن زوجها قد مات، أو طلقها قبل التسليم أو بعده، فللمشتري أن يردها بإقرار البائع بالعيب وقت البيع؛ لأنه أقر بالعيب، إلاّ أنه ادّعىٰ زواله، فالقول قول المشتري: إنه لم يزل مع يمينه على العلم.

والعِدَّةُ من طلاق رجعي عيب؛ لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية، إلا إذا انقضت العدة قبل الرد، وأما العدة من طلاق بائن فإنها لا يكون عيباً؛ لأن الطلاق البائن يزيل الزوجية.

إذا تَصرَّف المشتري في المبيع مع معرفته بالعيب تصرف المُلاَّك، بطل حقه في الرد، كما إذا كان المبيع ثوباً فصبغه المشتري، أو كان سَوِيْقاً فلَتَّه بسَمْنٍ وغير ذلك من التصرفات.

[اسْتِخْدَام المَبِيعِ المَعِيْبِ]

ولو اشترىٰ عبداً أو جارية فاستخدم بعدما علم بالعيب، القياس: أن يكون رضاً، كما لو وطئها، أو قَبَّلَهَا بشهوة، أو عَانَقَها، أو مَسَّها، أو نظر إلى فرجها

بشهوة، وفي الاستحسان: لا يكون رضاً؛ لأن فيه ضرورة وبلوىٰ؛ لأنه إذا أراد أن يرده يسأل منه ثيابه، أو يأمره بأن يسرج دابته، فلو قلنا إن الاستخدام يكون رضاً، لضاق الأمر على الناس، وكلما ضاق أمر اتسع حكمه؛ ولأن الاستخدام قد يكون للتجربة والامتحان، وكذلك في هذا خيار الشرط / . [١٣٠-ب]

ولو كان المبيع ثوباً فلبسه، فإنه يكون رضاً، بخلاف خيار الشرط، إذا لبسه مرة لينظر إلى قدره، لا يكون رضاً في خيار الشرط؛ لأن ذلك للتجربة والاختيار أنه هل يوافقه أم لا؟ وفي العيب لا يكون لهذا المعنىٰ.

ولو كان المبيع دابة فركبها بعد معرفته بالعيب، إن ركبها لحاجة نفسه كان رضاً، وإن ركبها ليسقيها أو يشتري علفاً لها؛ فيه قياس واستحسان كما ذكرنا في الاستخدام، وكذلك هذا في خيار الشرط، إلاّ أن في خيار الشرط إذا ركبها لينظر إلى سَيْرها، لا يبطل خياره؛ لأن ذلك للامتحان، وهاهنا يبطل، كما ذكرنا فيما إذا اشترىٰ ثوباً فلبسه لينظر إلى قدره، لا يبطل خيار الشرط، ويبطل خيار العيب، كذلك هاهنا.

ولو كان المبيع داراً فسكنها بعد معرفته بالعيب، فيه روايتان: في رواية: جعله رضاً، وفي رواية: لم يجعله رضاً، والتوفيق بينهما ممكن، فالذي [قال]: يكون رضاً: إذ ابتدأ السكنىٰ، والذي قال: لا يكون رضاً، إذا دام على السكنىٰ، ولو عرضه، أو باعه، أو أعتقه، أو دَبَّره، أو كاتبه، أو استولد الجارية، فهذا كله][1] يكون رضا بعد معرفته بالعيب.

[الرُّجُوْعُ بِنُقْصَانِ العَيْبِ]

وأما حكم الرجوع بنقصان العيب، ففي كل موضع إذا كان المبيع وقت التصرف بحالة لم يتغير، أو تغيّر إلى حالة لو أراد المشتري أن يرده بالعيب، كان للبائع حق

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

القبول، والتصرف في هذه الحالة يبطل الرجوع (بحصة العيب، ولو لم يكن له حق القبول، فالتصرف في هذه الحالة لا يبطل حق الرجوع)[1] بنقصان العيب.

بيان ذلك: وهو أنه إذا كان المبيع ثوباً فصبغه المشتري، أو كان سويقاً فلته بسمن، أو كان ثوباً فقطعه وخاطه، أو كانت حنطة فطحنها، أو ما أشبه ذلك مما يمنع الرد بالعيب والفسخ، وإن رضي البائع ثم اطَّلَع على عيب كان عند بائعه، ثم باعه أو تَصَرَّفَ فيه بوجه من الوجوه وهو عالم بالعيب، فإنه يرجع بحصة العيب.

ولو نقص المبيع في يد المشتري بفعله: كما إذا كان ثوباً فقطعه ولم يخطه، أو انتقص بآفة سماوية، أو بفعل المعقود عليه، ثم اطَّلَعَ على عيب كان عند بائعه ثم تصرف فيه وهو عالم بالعيب، فتصرفه يبطل حق الرجوع؛ لأن من حجّة البائع أن يقول لو لم تبع ورَدَدْتَهُ عَلَيّ، كنت أقبله ناقصاً، وفي الفصل الأول لم يكن له حق القبول، وإن رضي به، فكذلك افترقا.

ولو كان المبيع بحالة لم يتغير، ثم تصرّف فيه تصرف المُلاَّك، بطل حقه في الرد، وفي الرجوع لنقصان العيب، هذا كله مع معرفته بالعيب.

وأما إذا [فات] الرد ثم علم بالعيب بعد فوات الرد، فالأصل فيه أن يقول: متىٰ امتنع الردّ من جهة المشتري بفعل مضمون، بطل حقه في الرجوع بحصة العيب، ومتىٰ امتنع الرد لا من جهة المشتري أو من جهته، ولكن بفعل غير مضمون، فإنه لا يبطل حقه في الرجوع.

إما امتناع الرد من جهة المشتري بفعل مضمون: فهو أن يملك المشتري من غيره بالبيع، أو بالهبة، أو بالصدقة، أو ما أشبه ذلك من التمليكات، وكذلك لو قَتَله، أو أَعْتَقَه على مال، أو كَاتَبَه، بطل حقه في الرجوع بنقصان العيب.

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

وروي عن أبي يوسف في الأمالي: أنه لا يبطل كما إذا أعتقه على غير مال، ولو قتله غيره فأخذ المشتري القيمة، يبطل حقه في الرجوع في ظاهر الرواية؛ لأنه لما أخذ القيمة صار كالبيع، ولو باع يبطل حقه[١].

وروي عن أبي يوسف ومحمد أنهما قالا: لا يبطل حق الرجوع؛ لأنه إنما وصلت إليه [قيمة العين، ولم يصل إليه] مقدار العيب، فله أن يرجع بذلك القدر، وأما امتناع الرَّدِّ لا من جهة المشتري: وهو أنه إذا/ هلك المبيع بآفة سماوية، [١٣١-أ]
أو بنقص المبيع، أو ازْدَادَ زِيادةً مانعة للرد والفسخ، فلا يبطل حقه في الرجوع، وكذلك إذا كان المبيع[٢] قائماً، ولكن أعطي له حكم الهلاك، نحو: أن يكون ثوباً فقطعه وخاطه، أو كانت حنطة فطحنها، أو كان لحماً فشواه، أو كان دقيقاً فخبزه، فإن في هذه الفصول كلها امتناع الرد لا من جهة المشتري.

أما في النقصان امتنع من جهة البائع؛ لأن البائع لو قَبِلَ مع النقصان جاز، وفي الزيادة امتنع أيضاً من جهة الشريعة، ألا ترىٰ أنهما لو تراضيا على الرَّدِّ، فالقاضي لا يقضي بالرَّدِّ.

وأما امتناع الرد من جهة المشتري لا بفعل مضمون: وهو أنه إذا أعتقه على غير مال، ثم اطَّلَع على عيب فيه، كان له أن يرجع بحصة العيب؛ لأن العتق ليس بمضمون، ألا ترىٰ أنه لا يوجب الضمان في ملك الغير؛ لأنه ذكر في آخر كتاب البيوع: إذا اشترىٰ من رجل عبداً بثمن حالٍّ، ثم وكَّلَ وكيلًا بقبضه قبل نقد الثمن، فقبضه الوكيل بغير إذن البائع، فمات في يده، كان للبائع أن يضمن الوكيل القيمة ويحبسها بالثمن، وبمثله لو لم يوكله بالقبض، ولكن وَكَّلَه في العتق قبل أن ينقد الثمن، فأعتقه الوكيل، جاز عتقه، ويصير قابضاً؛ لأن العتق في الشراء قبض، وليس للبائع أن يضمن الوكيل

(١) في م (حق الرجوع).
(٢) في م (كانت العين قائمة).

القيمة، فله أن يطالب المشتري بالثمن، فثبت أن العتق ليس بمضمون، وكذلك لو دَبَّره، أو كَاتَبَ أمة فاستولدها ثم اطلع على عيب كان عند البائع، له أن يرجع بحصة العيب؛ لأن الرد إنما امتنع من جهة الشرع؛ لأنه ليس بمضمون أيضـًا.

[الاِطِّلَاعُ عَلَى العَيْبِ بَعْدَ الإِتْلَافِ]

ولو اشترىٰ ثوبـًا فلبسه حتىٰ انحرق، أو اشترىٰ طعامـًا فأكله، ثم اطلع على عيب كان به عند بائعه، قال أبو حنيفة رضي الله تعالىٰ عنه فيهما جميعـًا: ليس له حق الرجوع بحصة العيب، وقال صاحباه: له ذلك، وأجمعوا أنه إذا أتلفها بسبب آخر، ليس له حق الرجوع.

ولو أكل بعض الطعام ثم اطلع على العيب، اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال:

قال أبو حنيفة: بطل حقه في الرَّدِّ وفي الرجوع بنقصان العيب، (كما لو باع بعضه، ولو باع بعضه بطل حقه في الرجوع بنقصان العيب، إلاّ في قول زفر: فإنه يرجع بنقصان العيب في الباقي)[1]، إلّا إذا رضي البائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: يرجع بنقصان العيب فيما أكل وفيما لم يأكل، (إلّا إذا رضي البائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن.

وروي عن محمد أنه قال: يرجع بنقصان العيب فيما أكل)[2] ويرد الباقي، وليس للبائع أن يمتنع[3] عن ذلك. [وكان الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالىٰ يفتي بقول محمد رحمه الله تعالىٰ، وهو اختيار][4] الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالىٰ[5].

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٣) في م (أن يرجع).

(٤) ما بين المعقوفتين زيدت من م، وساقطة من أ.

(٥) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ٩٢.

[الرَّدُّ بَعْدَ وَطْءِ الجَارِيَة والاِطِّلَاعَ عَلَى العَيْبِ]

ولو اشترىٰ جارية فوطئها ثم اطَّلَع على عيب كان بها، فليس له أن يردها إلا برضا البائع، سواء كانت بكراً نقصها الوطء أو ثيباً لم ينقصها الوطء، وهذا عندنا.

وقال الشافعي: إن كانت بكراً نقصها الوطء، فكذلك، وإن كانت ثيباً لم ينقصها الوطء، فله أن يرد، وليس للبائع حق الامتناع عنده[1].

ولو امتنع الرد عندنا، فله أن يرجع بنقصان العيب؛ لأن الرد امتنع من جهة البائع؛ لأنه لو قَبِلَها موطوءة جاز.

ولو كان لها زوج عند البائع، فوطئها الزوج عند المشتري، ثم وجد بها عيباً، فإنه ينظر: إن كان وطئها عند البائع ثم وطئها عند المشتري، فإنه لا يمنع الرد، ولو لم يطأها عند البائع ووطئها عند المشتري، فإن كانت بكراً فإنه يمنع الرد لأجل النقصان، ويرجع بنقصان العيب، وإن كانت ثيباً لم يذكر في الأصل ذلك، وقيل بأن له أن يردها؛ لأنه وطئها، [وطئها] بسبب تقدم عند البائع، ولم يوجب نقصاناً في العين.

ولو وطئها أجنبي عند المشتري وهي ثيب، فكذلك لا يردها [عندنا، وإن كانت بكرًا لا يردها][2] لأجل النقصان، ويرجع بنقصان العيب؛ لأن الرَّدَّ امتنع / [١٣١-ب] لا من جهة المشتري.

ولو زَوَّجَها المشتري من آخر ثم وجد العيب بها، ليس له أن يردها، دخل بها أو لم يدخل بها؛ لأن المهر وجب بالنكاح، والمهر زيادة تمنع الرد، وكذلك إذا جنىٰ عليها غيره، فإنه يجب الأرش، والأرش يمنع الرد، ولكن يرجع بنقصان العيب في المسألتين جميعاً؛ لأن الرد امتنع لا من جهة المشتري، وإنما امتنع من

---

(١) انظر: المهذب ٣/ ١٢٦؛ المجموع ١٢/ ٣٥٧.

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من م، وزيدت من أ.

جهة الشريعة[١].

[ظُهُوْرُ العَيْبِ فِيْمَا مَأْكُوْلُه فِي جَوْفِهِ]

قال: (**ومن اشترىٰ شيئًا مأكوله في جوفه، فكسره فوجده فاسداً**)[٢]، **هذا لا** يخلو: إما أن يكون لقشره قيمة أو لم يكن له قيمة، فإن كان لقشره قيمة فالبائع بالخيار: إن شاء رضي به ناقصاً وقَبِلَ [القيمة]، ويرد جميع الثمن، وإن شاء لم يقبل؛ لما حَلَّ فيه من النقصان بالكسر، ورَدَّ على المشتري حصة العيب، وحصة العيب ما ذكرنا، (وإن لم يكن لقشره قيمة رجع على بائعه بجميع الثمن)؛ لأنه اشتراه على أنه مال فوجده غير مال، فبطل البيع، كمن اشترىٰ عبداً فإذا هو حُرٌّ، فالبيع باطل[٣].

ولو وجد البعض فاسداً والبعض صحيحًا، إن لم يكن لقشره قيمة، رجع على بائعه بحصته من الثمن، وإن كان لقشره قيمة، رجع بحصة العيب اعتباراً للجزء بالكل، إلا إذا كان الفاسد قليلاً أو مقدار ما يكون مثله في ذلك البيع، فإنه لا يرجع بشيء[٤].

[مِلْكُ مَالِ العَبْدِ المُبَاعِ]

قال: (**ومن باع عبداً وله مال، فماله للبائع، إلاّ أن يشترطه المبتاع فيكون له على ما [تحل] عليه البياعات**)[٥]؛ لما روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم

---

(١) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ٨٨، ٨٩.

(٢) مختصر الطحاوي ص ٨١.

(٣) في م (فاسد).

(٤) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٧٣.

(٥) مختصر الطحاوي ص٨١.

في أ، م (ما يحمل عليه في البياعات)، والمثبت من المطبوع، شرح المختصر ٣/ ٧٤.

أنه قال: «**من باع عبداً وله مال، فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع**»(١)، ولأن العبد لا يملك شيئًا، فإذا باعه بقي ما في يده مِلْكًا له؛ لأنه لم يبعه، والقياس: أن لا يدخل في البيع ثياب بدنه؛ لأنها ملك المولىٰ، كما إذا باع دابةً فإن لِجَامَها وَسْرَجها وعِذَارَها(٢) لا يدخل في البيع، (وفي الاستحسان: تدخل ثياب بدنه في البيع.

وكذلك هذا الحكم في الجارية، وإنما يدخل في البيع ثياب المهنة: ما يلبس في اليوم والليلة، فأما الثياب النفيسة التي يلبسها للعرض فلا تدخل في البيع)(٣)، ويعتبر في ذلك عرف الناس وعاداتهم في كل بلدة.

وكذلك لو أعتق عبده وله مال، فماله يكون للمولىٰ، وكذلك لو أعتق مُدَبَّره أو أم ولده إلاّ إذا أوصىٰ لهما السيد بذلك، فيجوز، ويكون لهما من الثلث، وكذلك لو كاتب عبده، فما كان له من المال وقت الكتابة يكون للسيد، وما اكتسبه بعد الكتابة يكون له، ولو اشتراهما مع مالهما، فإنه يجوز ذلك على ما يحمل عليه في البياعات.

وبيانه: وهو أنه مال العبد إذا كان مائة درهم والثمن ألف درهم، فالمائة من الثمن بإزاء المائة، ويكون صرفًا، ويراعىٰ فيه أحكام الصرف، وتسعمائة بإزاء الجارية ويكون بيعًا، ولو اشتراهما بمائة درهم لا يجوز البيع؛ لأن المائة بإزاء المائة، والعبد يكون ربًا.

ولو اشتراهما بدينار صَحَّ الشراء، ويقسم الدينار على قيمة العبد وعلى مائة درهم، فما حاذىٰ المائة يكون صرفًا، ويراعىٰ فيه [أحكام] الصرف، وما حاذىٰ

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٥٠).

(٢) «وعِذار الدابة: السَّيْر الذي على خدِّها من اللجام، ويطلق العِذار على الرَّسَنِ، والجمع: عُذُرٌ». المصباح (عذر).

(٣) ما بين القوسين ساقطة من م.

العبد يكون بيعاً، ولو تفرقا قبل التقابض في المسألتين جميعاً[(١)]، بطل الصرف، ولا يبطل البيع في الغلام بحصته من الثمن.

ولو اشتراهما بألف درهم أو بدينار إلى أجل، بطل الصرف بالإجماع، وبطل البيع أيضاً [في الغلام] عند أبي حنيفة رضي الله تعالىٰ عنه، وعندهما: لا يبطل البيع في الغلام بحصته من الثمن، وكذلك إذا شرطا فيه الخيار، وقد ذكرنا هذا في باب الصرف.

وكذلك لو كان مال العبد دنانير واشتراهما بدراهم، فهو على هذا، ولو اشتراهما بكيلي أو وزني كيفما كان فلا يُشْكِل، ولو كان مال العبد كيلياً أو وزنياً [سوىٰ] الدراهم والدنانير، فاشتراهما بجنس الثمن، إن كان الثمن أكثر منه جاز البيع فيهما جميعاً، ويكون المثل بالمثل، والزيادة من الثمن بإزاء العبد، وإن كان الثمن دَيْناً موصوفاً/ غير مؤجل، فالبيع جائز فيما بينهما، غير أن تسليم حصة [١٣٢-أ]
مال العبد من الثمن قبل التفرق بالأبدان شرط حتى يكون عيناً بعين؛ لأن الدَّين لا يتعين إلا بالتسليم، وإن تفرقا قبل تسليم ذلك القدر من الثمن، بطل البيع (في مال العبد، ولا يبطل في زيادة الثمن.

ولو كان الثمن مثل مال العبد بطل البيع)[(٢)] فيهما جميعاً؛ لأن العبد يكون ربا، ولو كان مال العبد يكون كيلياً فيهما جميعاً؛ لأن العبد يكون رباً، ولو كان مال العبد كيلياً، فاشتراهما بكيلي من خلاف جنس مال العبد، فإن البيع جائز، ويقسم الثمن على قيمة العبد وعلى قيمة ذلك المال، ولا يجعل التقابض شرطاً، وشرط الخيار لا يبطله، هذا إذا كان الثمن عيناً.

وإن كان الثمن ديناً موصوفاً غير مؤجل، فالبيع جائز فيهما جميعاً، غير أن

---

(١) في م (صحيحاً).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

تسليم حصة المال من الثمن إلى البائع شرط قبل التفرق، وإن تفرقا قبل تسليم ذلك القدر، بطل البيع في مال العبد، ولا يبطل البيع في الغلام.

ولو كان [الثمن دَيناً] موصوفاً مؤجلاً في هذه المسألة والمسألة [الأولىٰ]، فإنّ البيع يبطل في مال العبد بالإجماع؛ لأن الكيلي بانفراده [يحرم] النسأ، وكذلك الوزني بانفراده يبطل البيع في العبد أيضاً في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: لا يبطل.

ولو كان مال العبد كيلياً فاشتراهما بوزني، أو كان ماله وزنياً فاشتراهما بكيلي، فالبيع جائز فيهما، سواء كان الثمن عيناً أو ديناً موصوفاً مؤجلاً أو غير مؤجل،؛ لأنه لم يجمعهما كيل ولا وزن ولا جنس، فحَلَّ التفاضل والنسأ، ولو كان مال العبد ثياباً فاشتراهما بكيلي أو وزني عين أو دين موصوف (أو مؤجل، جاز البيع فيهما؛ لأنه لم يجمعهما وصف من أوصاف الربا، وإن كان اشتراهما ثياباً)[1] إن كان الثياب من جنس ثياب العبد، فإنه يجوز البيع فيهما كيفما كان إذا كان الثمن عيناً.

وإن كان [الثمن] ديناً موصوفاً مؤجلاً، بطل البيع في الثياب بالإجماع؛ لأن الجنس بانفراده يحرم النسأ، ويبطل البيع في العبد عند أبي حنيفة رضي الله تعالىٰ عنه، وعندهما: لا يبطل.

وإن اشتراهما بثياب من خلاف جنس ثياب العبد، فالبيع جائز فيهما جميعاً، سواء كان الثمن عيناً أو ديناً موصوفاً مؤجلاً؛ لأن الجنس قد اختلف، إلا أن الثياب لا تثبت ديناً في الذمة إلا بشرائط السَّلَم.

ولو كان مال العبد ديناً على الناس فاشتراهما جميعاً، فالبيع فاسد فيهما، أما في حصة الدين؛ فلأنه يكون بيع الدين من غير الذي عليه الدين[2]، وفي العبد

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) في أ (العين)، والمثبت من م.

يبطل أيضاً في قول أبي حنيفة، وعلى قياس قولهما: يجوز البيع في العبد بحصته من الثمن[١].

[بَيْعُ العَبْدِ الجَانِي]

قال: (وإذا جنىٰ العبد جناية في بني آدم ثم باعه مولاه)[٢]، هذا لا يخلو: إما أن يكون [جنايته نفسًا أو ما دونها، ولا يخلو: إما أن يكون][٣] عمداً أو خطأً، وحكم جنايته في بني آدم على ضربين: إما أن يوجب القصاص، أو يوجب الدفع أو الفداء:

[الجِنَايَةُ الَّتِي تُوْجِبُ القِصَاص]

أما الجناية التي توجب القصاص: فهو أن يقتل عمداً وهو بالغ عاقل، والمقتول رجلاً أو امرأةً، حراً أو عبداً، صغيراً أو كبيراً، فإذا وجب القصاص على العبد، فلولي القتيل أن يقتل القاتل قصاصاً، ولِوَلِيِّ ورثته إن كان المقتول حراً صغيراً كان أو كبيراً، وإن كان المقتول، عبداً فمولاه ثم مولىٰ القاتل إذا أعتق القاتل فلا يكون مختاراً، عالماً بجنايته كان أو جاهلاً، والقصاص عليه على حاله، [وكذلك لو دبّره السَّيد، أو كانت أمة فاستولدها، وكذلك لو باعه، جاز بيعه، والقصاص على حاله][٤]؛ لأن حق أولياء القصاص في إزهاق الروح، والروح على حالها، فإن قتله الأولياء قبل التسليم إلى المشتري، بطل البيع في قولهم جميعاً؛ لأن المعقود عليه فات قبل القبض بغير بدل فصار كالميت، ولو قتل بعد التسليم في يدي المشتري وهو غير عالم بوجوب القصاص عليه وقت القبض، ولا وقت العقد، بطل البيع أيضاً في قول أبي حنيفة/ ، ويرجع على البائع بجميع الثمن، وفي [١٣٢-ب]

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٧٤.

(٢) مختصر الطحاوي ص ٨١.

(٣) ما بين المعقوفتين سقطت من أ، والمثبت من م.

(٤) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

قولهما: لا يبطل البيع، ولكن يرجع المشتري على البائع بحصة العيب، وحصة العيب: أن يُقَوّم العبد وهو حرام الدم، ويقوم وهو حلال الدم، فينظر كم ينقص ذلك من قيمته، فإن كان عشراً ينقص من الثمن عشره، هذا إذا كان المشتري غير عالم بذلك.

وإن كان المشتري عالماً بذلك وقت الشراء أو وقت القبض، كان ذلك رضاً منه، فلا يبطل البيع بالقتل في قولهم جميعاً.

وكذلك لو باع عبده وهو حلال الدم بالرِّدَّةِ، فقُتِلَ على ردته قبل القبض أو بعده، والمشتري عالم بذلك أو غير عالم به، فهو على الفصول كلها التي ذكرنا في العبد الذي وجب عليه القصاص.

ولو باع عبداً قد وجب عليه قطع يده في سرقة، فقطعت يده قبل التسليم، سقط نصف الثمن، والمشتري بالخيار: إن شاء أخذه بنصف الثمن، وإن شاء ترك بالإجماع، وإن قطعت يده بعد القبض والتسليم، والمشتري غير عالم به وقت العقد ولا وقت القبض، ففي قول أبي حنيفة: هذا كما إذا قطع قبل القبض: إن شاء رضي بالعبد [الأقطع](1) بنصف الثمن، وإن شاء رَدَّهُ، وفي قولهما: لا يرده، ولكن يرجع بنقصان العيب، يُقَوَّم عبداً قد وجب عليه القطع، وعبداً لم يجب عليه القطع، فيرجع بإزاء النقصان من الثمن، إلاّ إذا رضي البائع أن يرد عليه هكذا فيرده عليه، ويرجع بالثمن.

ولو كان المشتري عالماً بذلك وقت العقد، أو بعد العقد قبل القبض، صار راضياً بالعيب، ولا يرجع على بائعه بشيء بالإجماع(2).

---

(١) في أ (وإلا قطع)، والمثبت من م.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٧٤، ٧٥.

[بَيْعُ العَبْدِ الَّذِي وَجَبَ عَلَيْهِ الحَدُّ أَو الاِسْتِحْقَاقِ]

ولو باع عبداً قد وجب عليه حَدّاً من الحدود: كحد القذف، أو حد الزنا، أو الشرب، وأقيم عليه قبل القبض، فانتقص، [فالمشتري بالخيار: إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ترك.

ولو مات من ذلك بطل البيع، وإن أقيم عليه بعد القبض فانتقص](١) أو مات فلا يرجع على البائع بشيء، سواء كان عالماً بذلك أو جاهلاً.

ولو اشترىٰ عبداً فاستحق قبل القبض أو بعده، فالمشتري عالمٌ أنه عبد المستحق أو هو لا يعلم، بطل البيع ويرجع على بائعه بجميع الثمن بالإجماع.

[الجِنَايَةُ الَّتِي تُوْجِبُ الدَّفْعَ أَو الفِدَاءَ]

وأما الجناية التي توجب الدفع أو الفداء: هو أن تكون جنايته فيما دون النفس عمداً كان أو خطأً، على حُرٍّ أو على مملوك؛ لأن القصاص لا يجري بين الحر والعبد، ولا بين العبدين فيما دون النفس، أو قتل نفساً خطأً أو شِبْه عمدٍ، أو قتل عمداً وهو ليس من أهل العقوبة، نحو: أن يكون القاتل غير بالغ أو مجنوناً، ففي هذه الجنايات كلها يخير مولىٰ العبد: بين أن يدفع الجاني قَلَّت قيمته أو كثرت وأرش الجناية قليل أو كثير، وبين أن يحبس الجاني ويفديه بأرش الجناية (قلّ أو كثر، بالغاً ما بلغ حالاً.

ولو باع العبد الجاني وهو عالم بالجناية)(٢) أو غير عالم بها، جاز البيع ولا سبيل لِوَلي الجناية على العبد ولا على المشتري، وتحولت الجناية إلى ذمة المولىٰ غير أنه إن كان عالماً بالجناية، صار مختاراً لأرش الجناية بالغاً ما بلغ،

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ وزيدت من م.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

وإن كان غير عالم بالجناية، صار مستهلكاً للعبد من غير اختيار، فيلزمه الأقل من قيمته ومن أرش الجناية، إلاّ إذا كان أقلهما عشرة آلاف تنقص عشرة دراهم.

وكذلك لو أعتقه المولىٰ فلا سبيل لولي الجناية على العبد، وكذلك لو دَبَّره أو كاتب أمة فاستولدها، أو أخرجه من ملكه بوجه من الوجوه: فهو على ما ذكرنا من العلم وغير العلم، وعلمه بالجناية: أن يظهر عنده أو يخبره رجلان عدلان أو غير عدلين، أو خبر رجل واحد عدل أو غير عدل وصَدَّقَه، وإن لم يصدقه حتى باعه لا يصير مختاراً عند أبي حنيفة، وعندهما: يصير مختاراً إذا ظهر صدق الخبر كائناً من كان المخبر عدلاً أو غير عدل، صَدَّقه أو كَذَّبه، هذا كله إذا كانت جنايته / في بني آدم(١). [١٣٣-أ]

[الجِنَايَةُ إِذَا كَانَتْ فِيْ المَالِ]

وأما إذا كانت جنايته في المال، فيكون ما استهلكه أو نقص، ديناً في ذمة العبد، سواء كان صغيراً أو كبيراً، مأذوناً كان أو [محجوراً]، والحكم فيه: أنه يباع العبد فيه إلا إذا قضاه السيد، فإذا بِيع فيه: فإنه يصرف ثمنه إلى قضاء الدين، وإن فضل منه شيء يكون للسيد، وإن قصر ثمنه عن الدين، يتبع العبد بالبقية بعد العتق، ولا يباع ثانياً.

ولو باعه السيد قبل قضاء الدين فإنه ينظر: إن باعه بإذن الغرماء جاز البيع، ويقضي دينهم من ثمنه على ما ذكرنا، وإن باعه بغير أمرهم، فلا يجوز بيعه إلاّ إذا أجازه الغرماء، وإجازتهم اللاحقة كالوكالة السابقة.

ولو لم يجيزوا ولكن سقط دينهم: إما بالإبراء، أو بقضاء السيد من ماله أو من ثمنه، نفذ البيع، ولو لم يسقط دينهم ولكن المولى غاب بعد البيع والعبد في

---

(١) انظر: فتاوى قاضيخان ٢/ ٩١، ٩٣، ٩٤.

يد المشتري، فلا خصومة لهم مع المشتري في قول أبي حنيفة ومحمد، وفي قول أبي يوسف: لهم حق الخصومة.

ولو وجد الغرماء البائع والعبد في يده، لهم أن يبيعوه ولا يحتاج إلى حضرة المشتري؛ لأنه لم يملك قبل القبض، وإن كان العبد في يد المشتري، [ولم يجدوا] البائع، لهم أن يضمنوه قيمته، فإن ضمّنوه القيمة بعد بيعه والثمن يكون له، وإن كان العبد قد هلك عند المشتري فأيهما لقيه الغرماء ضَمَّنُوه قيمة العبد؛ لأنهم إذا ضمنوا البائع القيمة، نفذ البيع فالثمن له، وإذا ضمنوا المشتري، بطل البيع، ورجع على البائع بجميع الثمن.

ولو لم يبع ولكنه وهبه، أو تصدق به، أو مَلَّكَه بغير بدل، [أو ببدل] هو ليس بمال، فلا يجوز، وللغرماء أن يبطلوه، فإن أجازوا فليس لهم على العبد سبيل إلا بعد العتق، (ولا سبيل لهم على الواهب؛ لأنهم أبطلوا حقهم بالإجازة.

ولو أعتقه السيد ليس لهم أن يبطلوا العتق)[1]، ولكنهم يضمنون السيد القيمة، سواء كان المولىٰ عالماً أو جاهلاً، ولا يكون مختاراً للدين، بخلاف الجناية؛ لأن هناك يكون مختاراً إذا كان عالماً بها، ويرجعون ببقية دَيْنِهِم في الحال؛ لأنه عتق.

ولو دَبَّرَ ونفذ تدبيره، ويضمنون السيد قيمته، ويرجعون ببقية دينهم بعد العتق.

وكذلك إذا كانت أمةً فاستولدها، ولو كاتبه السيد، فللغرماء أن يبطلوا الكتابة ويبيعوه في دَيْنِهم؛ لأن الكتابة تحتمل النقض والفسخ، وفي الجناية في بني آدم ليس لولي الجناية أن ينقض تصرف الولي، وهاهنا ينقض على ما ذكرنا.

[البَيْعُ بِالبَرَاءَةِ مِنَ العُيُوْبِ]

قال: (والبيع بالبراءة من العيوب جائز في الحيوان وفيما سواه، ويدخل في

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

البراءة ما علمه البائع وما لم يعلمه، وما وقف عليه المشتري وما لم يقف عليه)[١]، وهذا قول أصحابنا، وسواء سَمَّىٰ جنس العيوب أو لم يُسَمِّهَا، أشار إليه أو لم يشر، ويبرأ عن كل عيب موجود به وقت البيع، وعما يحدث بعده إلى وقت التسليم في قول أبي حنيفة وأبي يوسف[٢]، وفي قول محمد: لا يبرأ عن الحادث.

وأجمعوا: أن البيع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به، أنه لا يبرأ عن الحادث؛ لأنه لما قاربه [اقتصر][٣] على الموجود.

ولو باع بشرط البراءة من كل عيب به، وما يحدث، فالبيع بهذا الشرط فاسد عندنا، وقال ابن أبي ليلىٰ: إذا سَمَّىٰ جنساً من العيوب وشرط البراءة منه، جاز البيع ويبرأ، فإذا عَمَّ ولم يسم جنساً من العيوب، فلا يجوز البيع ولا يبرأ، وهذا على مذهبه مستقيم، ألا ترىٰ أن مَنْ حلف بطلاق كل امرأة تَزَوَّجَها، لا يصح [هذه اليمين عنده؛ لأنه عَمَّمَ]، ولو حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها من قبيلة كذا، أو من مصر كذا، صَحَّتْ اليمين، وكان ابن أبي ليلىٰ يقول: لا يبرأ حتى يشير إليه البائع

---

(١) مختصر الطحاوي ص٨١.

(٢) قال الجصاص: «لا خلاف بين أهل العلم في جواز البيع مع شرط البراءة من عيوب محصورة معلومة، وأن ذلك شرط لا يفسد البيع.

وإنما اختلفوا في جواز شرط البراءة من العيوب مطلقاً، فأجازها أصحابنا.

والأصل في جواز البراءة من المجهول: ما روته أم سلمة من قوله صلىٰ الله عليه وسلم في الرجلين الذين اختصما إليه في مواريث قديمة قد درست-: (لا، ولكن اذهبا فاستهما، وتوخَّيا الحق، وليُحْلِلْ كل واحد منكما صاحبه) [أخرجه أبو داود (٣٥٨٥) وسكت عنه؛ والمنذري في المختصر ٥/ ٢١٠؛ وهو حديث صحيح أو حسن، حيث أورده ابن حجر في زيادات الباب في الفتح ١٣/ ١٧٤؛ ورواه أحمد في المسند ٦/ ٣٢٠، وأصل الحديث: (... إنكم تختصمون إليّ ...) في الصحيحين، وفي غيرهما بألفاظ مختلفة].

«فقوله: (وليُحْلِل كل واحد صاحبه)، مع ما ذكر في الخبر: أنهما اختصما في مواريث قديمة قد دَرَست، أصل في جواز البراءة من المجاهيل»، كما في شرح المختصر ٣/ ٧٧.

(٣) في أ (اقتضىٰ)، والمثبت من م.

ويضع إصبعه عليه ويقول: أنا بريء من هذا العيب، وقد ناظر أبو حنيفة مع ابن / أبي ليلىٰ في هذه المسألة في مجلس أبي جعفر الزوانقي، فقال ابن أبي ليلىٰ: لا [١٣٣-ب] يجوز ولا يبرأ حتى يشير، فقال [له] أبو حنيفة: أرأيت لو أن امرأة من قريش أرادت أن تبيع عبداً زنجياً وعلى ذكره عيب، أتضع أصبعها عليه وتقول: أنا بريئة من هذا العيب، فتحَيَّرَ، فقال له أبو جعفر: خصمك، يعني عليك، فرجع عن ذلك وقال: إذا سمىٰ جنساً منه يبرأ، أو إن لم يُشِرْ إليه.

وللشافعي فيه ثلاثة أقوال: في قول: البيع فاسد والشرط فاسد، وفي قول: البيع جائز(١) والشرط فاسد، وفي قول: يجوز هذا الشرط في الحيوان ولا يجوز في غيره(٢).

ولو وجد المشتري بالمبيع عيباً، فجاء به يرده بعدما وقع الشراء بشرط البراءة من كل عيب، فاختلفا ،فقال البائع: كان هذا المبيع عندي موجوداً به ودخل في البراءة، وقال المشتري: هو حادث ولم يدخل في البراءة، فعلى قول أبي يوسف: لا فائدة لهذا الاختلاف؛ لأنه يبرأ عنهما جميعاً عنده، وإنما يفيد هذا على قول محمد، فعلىٰ قوله: القول قول البائع مع يمينه على العلم أنه حادث؛ لأن بطلان حق المشتري في الفسخ ظاهر بشرط البراءة، وثبوت حق الفسخ له بحدوث العيب باطن، فإذا ادَّعىٰ المشتري باطناً ليزيل به ظاهراً فلا يصدق، واستشهد بهذا في الجامع بمسألة: وهو أن مَنْ أقام البينة على آخر أنه أبرأه من كل قليل وكثير، ثم أن المُدَّعَىٰ عليه ادَّعَىٰ على مثبت البراءة ألف درهم، وادَّعىٰ أنها حادثة له بعد البراءة، والآخر أَقَرَّ بها، ولكنه ادَّعىٰ أنها كانت قبل البراءة ودخلت في البراءة، فالقول قوله، ويحتاج الآخر إلى إقامة البينة أنها حادثة بعد البراءة، كذلك هاهنا.

---

(١) في م (البيع قائم، والولاء فاسد).

(٢) وأظهر هذه الأقوال: الثالث منها: وهو أنه يبرأ من العيب الباطن في الحيوان الذي لا يعلم به البائع. المجموع ١٢/ ٤٠٠ وما بعدها.

ولو كان البيع بشرط البراءة من كل عيب به، والمسألة بحالها، فالقول قول المشتري هاهنا؛ لأن البراءة كانت خاصة ولم تكن عامة، فالمشتري يَدَّعِي العيب لأقرب الوقتين، فالقول قوله؛ لأن دلالة الحال تشهد لمقالته.

ولو أن رجلاً اشترىٰ من آخر عبداً وقبضه، ثم قال لرجل: اشْتَرِه مني فإنه لا عيب فيه، فلم ينهيا بينهما بيع، ثم وجد المشتري به عيباً، فجاء يرده على بائعه، واحتج عليه البائع بقوله لذلك الرجل: أنه لا عيب به، فإنه لا يبطل حق المشتري بذلك القول في الفسخ والرد؛ لأنّ كذبه في لفظه ظاهر، لأن الحيوان لا يسلم[1] عن العيب.

ولو بيَّن جنساً من العيوب فقال: اشتره مني، فإنه ليس به عيب كذا، والمسألة بحالها فإنه ينظر: إن كان العيب الذي وجده عيباً آخر سِوىٰ ما بيّن، كان له أن يرده، وإن كان العيب من الذي بيّن نظر: (إن كان ذلك العيب لا يحدث فيه في مثل تلك المدة، فله حق الرد؛ لأنه ظهر كذبه عند القاضي)[2]، وإن كان ذلك العيب قد يحدث مثله في مثل تلك المدة، فليس له حق الرد، وبطلت خصومته بقوله السابق.

ولو أن رجلاً قال لآخر: بعت منك هذا العبد بألف درهم على أنه آبق، أو على أنه بريء من إباقة، وقال الآخر: قبلت، بطلت خصومته مع بائعه في الإباق؛ لأنه بَيَّنَ له ذلك العيب، فيكون ذلك اعترافاً من المشتري أنه آبق، (حتى أنه إذا باعه من غيره كان للمشتري الثاني أن يرده عليه بالإباق، وإن أنكر المشتري الأول الإباق بعدما ظهر قبوله البيع على أنه آبق؛ لأن البائع الأول ذكر إباقاً مضافاً إلى العبد مشروطاً في أصل العقد، فكان ذلك اعترافاً من المشتري أنه آبق)[3].

---

(١) في م (لا يميل إلى العيب).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من م.

ولو قال البائع الأول: بعت منك هذا العبد على أني بريء من الإباق ولم يضفه إلى العبد، فلا يكون هذا اعترافاً من المشتري أنه آبق؛ [لأنه لا يرد عليه إذا باعه من غيره؛ لما ذكرنا من قول البائع]، ولكن بطلت خصومته مع بائعه في الإباق؛ لأن البائع بيّن له الإباق.

[١٣٤-أ] فكذلك لو قال البائع/ الأول: إن عبدي آبق فاشتره مني، فقال الآخر: بعني، فقال: بعت منك بألف درهم، وقَبِلَ المشتري ذلك، فلا يكون شراؤه اعترافاً منه أنه آبق، حتى أنه لا يرد عليه إذا باعه من غيره لما ذكرنا في قول البائع، ولكن تبطل خصومته مع البائع الأول في الإباق؛ لأنه بيّن له الإباق، وإنما لم يكن اعترافاً منه بالإباق؛ لأنه لم يكن مشروطاً في أصل العقد.

ثم البيع بشرط البراءة من كل عيب لا يوجب تحقيق العيب، ولا يكون اعترافاً منهما بالعيب، ولكن تبطل خصومته [في الرَّدِّ] بالعيب لأجل البراءة، ألا ترىٰ أن البائع والمشتري (لو اختلفا فادَّعَىٰ البائع: أن البيع كان بشرط البراءة من كل عيب، وأنكر المشتري فالقول قول المشتري)[1] مع يمينه، ولو أقام البائع البينة على ما ادَّعَىٰ، ويطل حق المشتري في الفسخ، ثم إن أحد الشهود اشترىٰ المبيع من المشتري فوجد به عيباً، كان له أن يَرُدَّهُ، ولا يكون ذلك اعترافاً من الشهود أنه معيب.

وكذلك لو شهدوا أن المبيع كان بشرط البراءة من كل عيب كذا، ثم اشتراه ووجد به العيب الذي شهد على البراءة منه، كان له الرد، ولا تكون شهادته على البراءة اعترافاً منه[2].

[شِرَاءُ مَا بَاعَهُ آجِلاً بِأَقَلَّ مِنْ ثَمَنِهِ الَّذِي بَاعَهُ بِهِ أَوَّلاً]

قال: (ومن اشترىٰ شيئًا بثمن معلوم حَالٍّ أو إلى آجل، فقبض ما اشترىٰ

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.
(٢) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ٩٦، ٩٧.

ولم يدفع ثمنه، فلا يجوز لبائعه أن [يبتاعه من مبتاعه][١] **بأقلَّ من ثمنه الذي باعه منه، وكذلك إذا بقي عليه من ثمنه شيء وإن قَلَّ)**[٢]، وهذا عندنا، وعند الشافعي: يجوز[٣].

ولو باعه بمثل الثمن أو بأكثر جاز البيع، ولو باعه بخلاف جنس الثمن جاز أيضاً، إلا في فصل واحد: وهو أن الثمن إذا كان دراهم فباعه بدنانير، أو كان الثمن دنانير فباعه بدراهم، القياس: أن يجوز البيع، وفي الاستحسان: لا يجوز إذا كانت قيمة الثمن الثاني أقل من الثمن الأول.

ولو تَعَيَّبَ المبيع في يدي المشتري، ثم باعه من بائعه قبل نقد الثمن بأقل، جاز البيع؛ لأنه تخلف بعض المبيع عند المشتري، فجاز أن يتخلف بعض الثمن عند البائع.

---

(١) في م (يبيعه)، وفي المختصر المطبوع (أن يبتاعه من مبتاعه) ص٨٢، والمثبت من المطبوع؛ لأن الابتياع: هو الشراء، يقال: (وابتاع زيد الدار، بمعنىٰ اشتراها، وابتاعها لغيره، اشتراها له)، كما في المصباح؛ وفي شرح المختصر قال الجصاص: (من باع شيئاً، لم يجز له أن يشتريه بأقل من ذلك الثمن)، ٣/ ٧٧.

(٢) قال الجصاص في شرحه: «الأصل فيه: ما روي (أن امرأة سألت عائشة فقالت: إني بعت من زيد بن أرقم خادماً بثمانمائة درهم إلى العَطاء، ثم اشتريتها بستمائة، فقالت: بئس ما شَريْتِ، وبئس ما اشتريت، أبلغي زيد بن أرقم أن الله قد أبطل جهاده مع رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم إن لم يتب، فقالت: أرأيت إن لم أجد إلا رأس مالي؟ فقالت عائشة: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوۡعِظَةٞ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ﴾ [البقرة: ٢٧٥])، ولا جائز أن يكون هذا القول منها إلا توقيفاً عن الرسول عليه الصلاة والسلام» ٣/ ٧٧، ٧٨. أخرجه البيهقي في الكبرىٰ ٥/ ٣٣٠؛ وقوّىٰ ابن التركماني سنده في الجوهر النقي.

(٣) قال الشافعي في الأم: «... فإذا اشترىٰ الرجل من الرجل سلعة فقبضها، وكان الثمن إلى أجل، فلا بأس أن يبتاعها من الذي اشتراها منه ومن غيره، بنقد أقل أو أكثر مما اشتراها به ...» ص٤٩١ (بيت الأفكار)؛ وقال العثماني: «ويجوز بيع العينة عند الشافعي مع الكراهة». رحمة الأمة ص٢٨٧.

ولو خرج المبيع من مِلْكِ المشتري، فاشتراه البائع من المالك الثاني بأقل مما باع قبل النقد، جاز الشراء، إلاّ إذا مات المشتري فاشتراه البائع من الوارث، لا يجوز شراؤه منه[1]؛ لأن الوارث يقوم مقام المشتري، ألا ترى أنه لو وجد به عيباً كان له أن يخاصم البائع في الرد، ولو كانت جارية فاستولدها الوارث، أو كانت داراً فبنى فيها الوارث ثم استحقت وأخذت منه قيمة الولد، أو نقض عليه البناء، كان للوارث أن يرجع بحصة الولد والبناء على البائع كالمشتري، (ولو لم [يرجع] المشتري ولكنه مات البائع، فاشترى وارثه من المشتري جاز الشراء، إذا كان الوارث ممن يجوز شهادته للبائع في حال حياة البائع، ووراثته من البائع لا تمنع بخلاف المشتري)[2].

والفرق بينهما: أن وارث المشتري قام مقام المشتري في عين المبيع؛ لأنهم ورثوه منه، وأما وارث البائع يقوم مقام البائع في الثمن، والثمن الذي ثبت في ذمته بالشراء ليس ما ورثه عن البائع، وروي عن أبي يوسف: أنه لا يجوز شراء وارث البائع أيضاً كوارث المشتري.

ولو عاد المبيع إلى مِلْكِ المشتري بعد خروجه من مِلْكِه، فإنه ينظر: إن عاد إلى ملكه بحكم ملك جديد، كالإقالة قبل القبض أو بعده، أو بالرَّدِّ بالعيب بعد القبض بغير قضاء القاضي، أو بالشراء، أو بالهبة، أو بالميراث، أو ما أشبه ذلك من أسباب الملك الجديد، فالشراء منه جائز.

ولو عاد إليه فسخاً بخيار الرؤية أو بخيار الشرط قبل القبض أو بعده بقضاء أو بغير قضاء، أو بخيار عيب قبل القبض بقضاء أو بغير قضاء، فالشراء منه بأقل
[١٣٤-ب] مما باع لا يجوز / ؛ لأنه عاد إليه فسخاً، فكأنه لم يخرج من ملكه.

---

(١) في م (المشتري).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

ولو لم يشتره البائع ولكنه اشتراه بعض من لا تجوز شهادة البائع له: كالوالدين، والمولودين، والزوج، والزوجة، لا يجوز الشراء كالبائع سواء في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: يصحّ الشراء كالأجنبي، وأجمعوا: أنه لو اشتراه مكاتب البائع، أو بعض مماليكه وعليه دين أو لا دين عليه، لا يصح الشراء كالبائع، [ولو أن] البائع باع ملك الغير بأمره ثم اشتراه البائع من المشتري بأقل [مما باع] قبل نقد الثمن، لا يجوز شراؤه، كما لو باع ملك نفسه، وذلك لو اشتراه الآمر، لا يجوز أيضاً.

وكذلك لو اشتراه بعض من لا تجوز شهادة الوكيل له، أو بعض من لا تجوز شهادة الوكيل له في قول أبي حنيفة.

ولو كان البائع وَكَّل وكيلاً بأن يشتري له ذلك الشيء بأقل مما باع قبل النقد، فاشتراه الوكيل، فذلك جائز للموكل، والثَّمَنَان التقيا قصاصاً، والزيادة لا تطيب للبائع، ويكون مِلْكاً له، هذا في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: التوكيل فاسد ويكون [مشترياً لنفسه]، وقال محمد: التوكيل صحيح إلا أنه إذا اشتراه الوكيل كان مشترياً للبائع شراءً فاسداً، ويملكه البائع ملكاً فاسداً.

أما أبو حنيفة فقد مَرَّ على أصله؛ [لأن من أصله]: أن يعتبر العاقد ولا يعتبر الآمر؛ إذ حقوق العقد ترجع إلى العاقد كما قال في [المسْلِم]: إذا وَكَّل ذمياً بشراء الخمر، جاز شراؤه للآمر ويكون [الأمر حكماً ويخللها]، فكذلك لو وَكَّلَه ببيع خمر له، فباعها الذِّمِّيُّ، جاز بيعه، والثمن للمسلم، ولا يطيب له، ويتصدق به.

وكذلك لو أن مُحْرِماً وَكَّل حلالاً ببيع صَيْدٍ له، أو بشرائه، جاز التوكيل والعقد في قول أبي حنيفة؛ لأن العاقدين من أهله، فكذلك هذا.

وأبو يوسف مَرَّ على أصله، لأن من أصله: أن كونهما من أهل ذلك العقد شرط لصحته، كما قال في المُسْلِم إذا وَكَّل الذِّمِّيَّ ببيع الخمر أو بشرائه، لا يجوز.

ومحمد في توكيل المسلم الذمي مع أبي يوسف: أنه لا يجوز، وهاهنا يقول: التوكيل صحيح والشراء فاسد، والفرق له في ذلك: وهو أن البائع هاهنا لو اشتراه بنفسه بأقل مما باع قبل نقد الثمن يملكه ملكاً فاسداً، فكذلك وكيله إذا اشترىٰ لأجله، والمسلم لو اشترىٰ الخمر لنفسه لا يملكه لا فاسداً ولا جائزاً، فكذلك وكيله إذا اشترىٰ [لأجله وله].

وكذلك هذا الاختلاف في المسلم إذا أمر ذمياً: بأن يشتري [له] من ذمي عبده بخمر، وعَيَّن ذلك العبد، فاشترىٰ المأمور بخمر كما أمره، صَحَّ الشراء في قول أبي حنيفة، ويكون العبد للآمر، وعلى الوكيل للبائع الثمن وهو يرجع بقيمة الخمر في قوله، ومَرَّ على أصله.

وفي قول أبي يوسف: التوكيل فاسد، ويكون الوكيل مشترياً لنفسه، ومَرَّ على أصله.

وفي قول محمد: التوكيل صحيح، ويكون مشترياً للآمر [شراءً] فاسداً كما قال في هذه المسألة؛ لأن الآمر لو تولىٰ شراء عبدٍ بخمر، ملكه إذا اتصل به القبض شراءً فاسداً، كذلك لو أمر غيره.

ولو اشترىٰ البائع بأقلَّ مما باع من جهة المعنىٰ لا من جهة القدر، لم يجز أيضاً، وهو أن المبيع إذا كان بألف درهم حَالَّة، فاشترىٰ بألف درهم إلى أجل، فالشراء فاسد.

وكذلك لو كان المبيع بألف درهم إلى أجل، فاشتراه بألف درهم [إلى أجل] أبعد من ذلك الأجل، لا يجوز.

ولو أن البائع اشترىٰ العبد الذي باعه مع عبد آخر قبل نقد الثمن، فإن الثمن يقسم بينهما على قدر قيمتهما، فإن كانت حصة [العبد] الذي باعه مثل ثمنه أو أكثر، جاز الشراء فيهما جميعاً، وإن كانت حصته من الثمن أقل من الثمن الذي

باعه، فسد البيع فيه، ولا يفسد البيع في العبد الآخر بحصته من الثمن؛ لأن هذا الفساد / ليس بقوي؛ لأنه يختلف فيه فلا يشيع في الكل، بخلاف ما إذا باع عبداً أو [١٣٥-أ] حراً بألف درهم، بطل البيع؛ لأن الفساد قوي فشاع في الكل.

[الخِيَانَةُ فِيْ المُرَابَحَةِ والتَّوْلِيَةِ]

قال: (**وإذا باع الرجل من الرجل شيئاً مرابحة**[١] **أو تولية، ثم علم المشتري بخيانة كانت من البائع له في ثمنه زادها عليه**)[٢].

وصورة المسألة: وهو أن الرجل إذا اشترىٰ بتسعة دراهم شيئاً وقبضه، ثم قال الرجل: اشتريته بعشرة فوليتك بما اشتريته، أو باعه مرابحة بربح [ده يازده][٣]، قال أبو يوسف فيهما جميعاً قولاً واحداً: أنه ليس للمشتري خيار فسخ العقد، سواء كان المعقود عليه [محلاً للفسخ، أو ليس بمحل للفسخ][٤] ويلزمه البيع، ولكنه يرجع في التولية بالخيانة: وهو درهم، وفي المرابحة بالخيانة وحصتها من الربح: وهو درهم وعُشْر درهم، وقال محمد فيهما جميعاً قولاً واحداً: إن المشتري بالخيار: إن شاء رضي بجميع الثمن، وإن شاء رده على البائع ورجع عليه بجميع الثمن، وهذا إذا كان المعقود عليه محلاً للفسخ.

وإن لم يكن محلًا للفسخ، بطل خياره ولزمه جميع الثمن، وأبو حنيفة رضي

---

(١) المُرابحة: من رَبحت تجارته رِبْحاً، ورَبَحاً ورَباحاً: كسبت. وأرْبَحَه على سلعته: أعطاه ربحاً، وباع الشيء مُرابحة بضم الميم: بيع السلعة بما اشتراها به مع زيادة ربح معلوم. انظر: مختصر الصحاح؛ المعجم الوسيط (ربح).

وفي التعريفات: «المرابحة: هي البيع بزيادة على الثمن الأول».

«والتولية: هي بيع المشتري بثمنه بلا فضل»، ص ٢٠٨، ٧٥.

(٢) مختصر الطحاوي ص٨٢.

(٣) أي: عشرة بإحدىٰ عشرة.

(٤) في أ (يحتمل الفسخ)، والمثبت من م.

الله عنه فرق بينهما، فقال في المرابحة مثل قول محمد، وفي التولية مثل قول أبي يوسف.

وذكر في الجامع [الكبير] مسألة على هذا الاختلاف: إذا اشترىٰ من رجل كُرَّ حنطة مكايلة بمائة درهم، فاكتاله وقبضه ثم ولاه من رجل بما اشتراه، على أنه كُرٌّ وباعه مرابحة على ما اشترىٰ، فاكتاله الثاني فوجده يزيد على الكر، فإن كانت هذه الزيادة مما لا يجري بين الكيلين، فإنها تُرَدُّ على البائع الأول؛ لأنها أخذت غلطاً، وإن كانت الزيادة مما تجري بين الكيلين، فإنها للمشتري الأول، ويطيب له ذلك، ولو أن المشتري الأول باع أوّلاً من الكر قفيزاً، ثم وَلَّي الباقي على أنه كر، وباعه مرابحة على أنه كر، ولم يُبَيِّن له أنه باع قفيزاً منه، فهذه خيانة من المشتري الأول.

وإن وجده المشتري الثاني كُرّاً كاملاً، فإذا علم به ففي قول أبي يوسف فيهما جميعاً: يرجع بالخيانة ولا يفسخ العقد، وهو جُزْءٌ من أحد وأربعين جزءاً من الثمن؛ لأن الكر أربعون مختوماً، وقد وصل إليه ضمان مختوم منه، فيكون الباقي مع ما باعه: أحد وأربعين مختومًا، فلذلك يقسم الثمن على أحد وأربعين جزءاً، وفي قول محمد: فيهما جميعاً خيار الفسخ لا غير، إذا كان المعقود عليه محلاً للفسخ.

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه في المرابحة كما قال محمد، وفي التولية كما قال أبو يوسف(١).

ثم نوع هذه المسألة على ثلاثة أوجه: في وجه يثبت للمشتري [خيار] الفسخ [لا غير]، (إذا كان المعقود عليه محلاً للفسخ، وإذا صار المعقود عليه إلى حال لا يحتمل الفسخ، بطل خياره ولزمه البيع بجميع الثمن)(٢)، وفي وجه: ليس له خيار

---

(١) انظر: الجامع الكبير للإمام محمد بن الحسن ص ٢٥٣، ٢٥٤. (دار الكتب العلمية)؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٧٩.

(٢) ما بين القوسين كانت متقدمة عن موقعها بسطرين، وموقعها الآن مطابقة لنسخة م، والسياق يدل على ذلك.

الفسخ، ولكن يطرح عنه حصته من الثمن، وفي وجه اختلفوا:

أما الوجه الذي له خيار الفسخ لا غير: وهو أن تكون الخيانة في صفة الثمن لا في قدره، نحو: أن يشتري عبداً بألف درهم نسيئة، فقبضه ثم باعه تولية بألف درهم حالّةً أو مرابحة على ألف درهم، ولم يبين أنه اشتراه نسيئة، فإذا علم المشتري، له خيار الفسخ لا غير.

وكذلك لو كان له على آخر ألف درهم دَيْن، فصالحه فيها على عبدٍ وقبضه، ثم باعه مرابحة على ألف، أو باعه تولية ولم يبين أنه أخذه صلحاً، ثم علم المشتري بذلك، فله خيار الفسخ لا غير؛ لأن بناء الصلح على الحَطِّ والإغماض، فإذا لم يبين صار ذلك منه خيانة/ في صفة الثمن. [١٣٥-ب]

وبمثله لو اشترىٰ منه عبداً بألف درهم بالدَّيْن الذي له عليه، ثم باعه تولية أو مرابحة على ألف درهم ولم يُبيِّنْ، فلا تكون هذه خيانة من البائع، والفرق بينهما: أن الشراء يوجب ضماناً في يد المشتري غير ما كان له على البائع، ولكنهما يلتقيان قصاصاً، ألا ترىٰ أنهما لو تصادقا بعد الشراء بالدين على أنه لم يكن عليه دين، فالشراء لا يبطل، وأما الصلح فإنه لا يوجب ضماناً غير ما كان، ولكنه يتعلق به، ألا ترىٰ أنهما لو تصادقا بعد الصلح على عدم الدين، يبطل الصلح، وعليه رد ما قبض.

وأما الذي يطرح وليس له خيار الفسخ: فهو أنه إذا اشترىٰ ثوباً بعشرة دراهم وقبضه، ثم باعه مرابحة أو تولية، ثم إن البائع الأول حَطَّ عن المشتري درهماً، فإنه يحط عن المشتري الثاني ذلك الدرهم وحصّته من الربح [في المرابحة]، وليس له خيار الفسخ؛ لأنه [لم] توجد خيانة، وهذا بخلاف ما إذا باعه مُسَاوَمَةً ثم حط عن المشتري الأول شيء لا يحط عن المشتري الثاني؛ لأنه لا عبرة للضمان في بيع المساومة[1]، ألا ترىٰ أن من اشترىٰ عبدين (وقبضهما

---

(١) المساومة هنا: من سام البائع السلعة سَوْمًا، أي: عَرَضها للبيع، وسَامَهَا المشتري واستامها: =

سَوْماً)[(١)]: أحدهما بخمسمائة، والآخر بألف، ثم باعهما بعد ما قبضهما مساومة، فإن الثمن ينقسم بينهما نصفين على القيمة لا على الضمان.

وبمثله لو باعها تولية أو مرابحة، فإن الثمن ينقسم بينهما أثلاثاً على قدر الضمان لا على قدر القيمة، فإذا نقص من ضمانه فلابد من أن يطرح شيئاً من ضمانه عن المشتري الثاني.

وأما الوجه الذي اختلفوا فيه: فهو ما ذكرنا أن الخيانة إذا كانت في قدر الثمن الثاني على ما اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال:

ثم الأصل في مسائل المرابحة أن تقول: إن بيع المرابحة بيع أمانة يجب صونها عن الخيانة وشبهها ما أمكن، أو تقول: بأن بيع المرابحة استرباح على حاصل الضمان، فإن كان حاصل ضمانه معلوماً يمكن أداء الأمانة بالخبر عنه، صَحّ بيعه مرابحة على ذلك، وإن كان حاصل ضمانه مجهولاً لا يمكن أداء الأمانة فيه بالخبر، وإنما يتوصل إليه الحَزْر[(٢)] والظَّنِّ فلا يجوز أن يبيعه مرابحة.

بيانه: إذا كان ثمن المشترىٰ له مثل جنسه، جاز له أن يبيعه مرابحة على الثمن، وأن يبيعه تولية بالثمن؛ لأن حاصل الضمان معلوم، وإذا كان ثمن المشترىٰ مما لا مثل له من جنسه، فلا يجوز أن يبيعه مرابحة على قيمة الثمن، ولا تولية؛ لأن القيمة

= طلب بيعها ...، والتساوم بين اثنين: أن يعرض البائع السلعة بثمن، ويطلبها صاحبه بثمن دون الأول، وساومته سِواماً. انظر: المصباح (سوم).

(١) في م (وقيمتهما سواء).

(٢) «الحَزْرُ: التقدير والخرْصُ»، وحزرت الشيء حزراً: قدرته. انظر: مختار الصحاح؛ المصباح (حزر).

والظَّنُّ من ألفاظ الأضداد اليقين، والشك خلاف اليقين ـ، واستعمل في القرآن للمعنيين، وإن استعمل بعد بأنه: الاعتقاد الراجح مع احتمال النقيض. انظر: المصباح؛ معجم لغة الفقهاء (الظن).

يتوصل إلى قدرها بالحزر والظن، وذلك مجهول لا يمكن أداء الأمانة بالخبر عنه، إلا إذا باعه ممن عنده الثمن به، وزيادة ربح عليه معلوم، أو باعه ممن ليس عنده بذلك الثمن، [فما جاز الذي عنده][١] الثمن البيع، جاز البيع، ويرجع الذي عنده الثمن على المشتري بقيمة الثمن.

(ولو باعه بربح (ده يازده)[٢]، لا يجوز البيع، سواء)[٣] باعه من الذي عنده الثمن أو من غيره؛ لأن الربح هاهنا يقتضي أن يكون من جنس الثمن، فصار كأنه باعه به وبجزء من أحد عشر جزءاً بينه، وهو ليس بمثلي وذلك مجهول؛ لأنه لا مثل له، وفي الفصل الأول الربح مما سمي من المال معلوم، ألا ترىٰ أن من اشترىٰ من رجل عبداً بألف درهم بحتة[٤] نقد، ثبت المال، وقبضه، ثم باعه مرابحة عليها بربح مائة درهم، ولأن المائة الربح تكون من نقد البلد [لا] من جنس الثمن، وبمثله لو باعه مرابحة بربح [ده يازده]، فإن الربح يكون من [البحتة] ولا يكون من نقد البلد، فثبت أن هذا يقتضي أن يكون الربح من جنسه.

ولو باعه مواضعةً، فالجواب على قلب هذا، لو باعه بغير الثمن مواضعة بوضيعة مال معلوم، لا يجوز؛ لأن ذلك القدر يحطّ من الثمن وهو مجهول، ولو باعه بوضيعة [ده يازده] فالبيع جائز بعشرة أجزاء من / أحد عشر جزءاً منه، ولو [١٣٦-أ] اشترىٰ جماعة من عددي متفاوت[٥]: كالحيوان والعروض، فإذا أراد أن يبيع

(١) في أ (إلا أنه أجاز)، والمثبت من م.
(٢) (ده يازده): كلمة فارسية وتعني: (عشرة بإحدىٰ عشرة).
(٣) ما بين القوسين ساقطة من م.
(٤) «بحت: خالص من الاختلاط بغيره». المصباح (بحت).
(٥) في م (متقارب). العَدَدِيّ بفتح العين والدال ـ نسبة إلى العدد، أي: ما يتعامل به بالعدد بيعاً وشراءً، كالبيض ونحوه.
العددي المتقارب: الذي لا تفاوت في القيمة بين أفراده.
العددي المتفاوت: الذي يوجد تفاوت في القيمة بين أفراده. =

واحداً منها بحصته من الثمن مرابحة أو تولية، ليس له ذلك؛ لأن حصته تعرف بالحزر والظن، وذلك مجهل فلا يمكن أداء الأمانة عنه بالخبر.

ولو أنه سمىٰ لكل واحد منها ثمناً على حدة، إلاّ أنه قد اشترىٰ الكل بصفقة واحدة، كان له أن يبيع أحدها مرابحة بما سمىٰ له من الثمن، وإن لم يبيّن في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يبيعه إلا بالثمن.

وكذلك لو اشترىٰ أجناساً مختلفة صفقة واحدة، فهو على هذا التفصيل.

ولو اشترىٰ ثوباً بثمن معلوم، فأراد أن يبيع ذراعاً منه مرابحة [على حصته من الثمن، أو تولية، ليس له ذلك؛ لأنه يعرف بالحزر والظن، ولو باع نصفه مشاعاً مرابحةً][(١)] بنصف الثمن، أو باعه تولية، جاز ذلك؛ لأن النصف ثمنه معلوم بلا حزر ولا ظن، ولو اشترىٰ كيلياً أو وزنياً ثم أراد أن يبيع قفيزاً منه مرابحة على خمسة دراهم، جاز ذلك بالاتفاق؛ لأن القفيز من القفيز لا يتفاوت.

وإذا اشترىٰ شيئاً بثمن معلوم ثم ضمن فيه، فإنه ينظر في ذلك: إن كان للتجار عُرْفٌ في حمله فيحمله على الثمن ويقول: قام عليّ بكذا، ولا يقول اشتريته بكذا؛ لأنه يكون كذباً، وإن لم يكن للتجار عرف في حمله فلا يحمله عليه، ويبيعه مرابحة على الثمن، إلاّ إذا بيّن الأمر على وجهه، فيبيع كيف شاء، هذا كما يقول فيمن اشترىٰ ثوباً بعشرة دراهم، ورقمه[(٢)] [بخمسة عشر درهماً][(٣)]، فقال لرجل:

= انظر: معجم لغة الفقهاء (العددي).

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

(٢) الرَّقْم بفتح الراء وسكون القاف-: الكتابة، وفيه: التاجر يرقم الثياب، أي: يعلمها بأن ثمنها كذا، والبيع بالرقم: أخذ السلعة ودفع قيمتها حسب رقم القيمة المكتوب عليها من غير إيجاب وقبول، ومنه: (لا يجوز بيع الشيء برقمه). انظر: المغرب؛ مختار الصحاح (رقم).

(٣) في أ (ورقمه خمسة)، وفي م (بخمسة عشر درهمًا)، ومن ثَمَّ لفقت بين النسختين؛ لتصحيح العبارة، ولملائمة سياق العبارة.

أبيعك هذا الثوب مرابحة على الرقم، [والرقم] معلوم، والربح معلوم، فالبيع جائز، ولا تكون هذه خيانة، وإن قال: اشتريته[(١)] بكذا.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: إذا كان المشتري لا يعلم عادة التجار [ويظن] أن الرقم هو الثمن، فإنه لا يبيعه مرابحة على ذلك حتى يبين، وكذلك لو ورث [مالاً، ورقمه]، ثم باعه مرابحة على رقمه فإنه يجوز[(٢)].

ثم الضمان الذي للتُّجَّار عرفٌ في حمله هو ضمان القِصَارة، والصِّياغة، والغسل، والكراء، والخياطة، والفتل، وأجرة السمسار، وسائق الغنم من مكان إلى مكان، ونفقة الرقيق والحيوان، وطعامهم وكسوتهم، وما لا بد لهم منه على المعروف، وما أسرف [منه] في ذلك، فإنه يحمل على قدر المعروف، ولا تحمل الزيادة [عليه حتى يُبَيِّن].

وأما الضمان الذي ليس للتُّجَّار عُرْفٌ في حمله: فهو ما أنفق على نفسه في سفره، وما أنفق على الرقيق في تعليم عمل من الأعمال، أو تعليم الشعر، وكذلك أجر الراعي، والطبيب، والبيطار، والختان، والرايض، وجُعْل الإباق، والفداء على الجناية، وما أشبه ذلك.

وبعض مشايخنا أَصَّلوا فيه أَصْلاً فقالوا: كل ما يؤثر في عين المعقود عليه، فإن بدله يلحق برأس المال، وكل ما لا يؤثر في العين، فإن بدله لا يلحق برأس المال. إلاَّ أن هذا الأصل لا يَصِحُّ؛ لأن الكراء، وأجرة السمسار، وسائق الغنم [يضمن] لا يؤثر في العين.

وإذا اشترىٰ سلعة ممن لا تجوز شهادته له من: الوالدين والمولودين، والزوج والزوجة، فإنه يبيعه مرابحة على أقل الضمانين: ضمانه، وضمان [بائعه][(٣)] في قول

(١) في م (ولا يقول: اشتريتها بكذا).
(٢) انظر: مسائل المرابحة في: فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ١٥٥، ١٥٦.
(٣) في أ (نفسه)، والمثبت من م.

أبي حنيفة، إلا إذا بَيَّن الأمر على وجهه، فيبيع كيف شاء، وفي قولهما: له أن يبيعه مرابحة على ضمان نفسه لا يُبَيِّن، وأجمعوا أنه لو اشترىٰ من مماليكه كَمُكَاتِبِهِ أو عبده المأذون، وعليه دين أو لا دين عليه، أو مماليكه اشتروا منه، فإنه يبيعه مرابحة على أقل الضمانين [إلاّ] أن يبين الأمر على وجهه.

ولو اشترىٰ من مُضَارِبِهِ، أو اشترىٰ مضاربه منه، فإنه يبيعه مرابحة على أقل الضمانين، وحصة المضارب من الربح (نحو: أن يكون مال المضاربة ألف درهم، واشترىٰ المضارب سلعة بها فباعها من رب المال بألف ومائتي درهم، فإن رب المال يبيعها مرابحة على ألف درهم، وهي أقل الضمانين، وحصة/ المضارب من الربح)[1]: هي مائة درهم إلاَّ إذا بَيَّنَ الأمر على وجهه. [١٣٦-ب]

وكذلك لو اشترىٰ رب المال سلعة بألف درهم تساوي ألفًا وخمسمائة، فباعها من المضارب بألف وخمسمائة، فإن المضارب يبيعها مرابحة بألف ومائتين وخمسين إلّا إذا بين الأمر على وجهه، وهذا المال ذكرنا أن بيع المرابحة بيع أمانة، يجب صونها عن الخيانة وشبهها ما أمكن، وفي بيع هؤلاء بعضهم من بعض شبهة وتهمة؛ فلذلك يبيعها مرابحة على أقل الضمانين.

ولو اشترىٰ من شريكه سلعة فإنه ينظر: إن كانت السلعة ليست من شركتهما، كان له أن يبيعها مرابحة على ما اشترىٰ ولا يُبَيِّن، وإن كانت السلعة من شركتهما، فإنه يبيع نصيب شريكه على ضمانه في الشراء الثاني، ونصيب نفسه على ضمانه في [الشراء] الأول، نحو أن تكون السلعة اشتُرِيت بألف درهم من شركتهما، ثم اشترىٰ أحدهما من صاحبه بألف ومائتين درهم، فإنه يبيعها مرابحة بألف ومائة درهم؛ لأن نصيب شريكه من الثمن الثاني ستمائة درهم، ونصيب نفسه من الثمن الأول خمسمائة فيبيعها على ذلك.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

ولو اشتريا سلعة ثم اقتسماها، فأراد أحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على حِصّته من الثمن، فإنه ينظر: إن كان بحال تكون القسمة استيفاء كالكيلي والوزني والعددي [المتقارب][1]، جاز بيعه مرابحة؛ لأن نصيب كل واحد منهما حصل له بعضه بالثمن، وبعضه بإزاء ما ترك لصاحبه، وفي المسألة الأولىٰ اجتمع نصيب كل واحد منهما، وإن كان متفرقًا قبل القسمة وضمانه معلوم.

ثم البيع على ضربين: بيع مساومة، وبيع ضمان، وبيع الضمان ثلاثة: بيع مرابحة، وبيع مواضعة، وبيع تولية، والتولية على ضربين: تولية البعض، وتولية الكل، فتولية الكل تولية، وتولية البعض شراكة.

[اخْتِلَافُ المُتَبَايِعَيْنِ فِي الثَّمَنِ والمَبِيْعُ قَائِمٌ]

قال: (**وإذا اختلف المتبايعان في الثمن والمبيع قائم، [تحالفا] وتَرَادَّا البيع**)[2].

إذا اختلف البائع والمشتري في الثمن فلا يخلو: إما أن تكون السلعة قائمة أو هالكة: أما إذا كانت قائمة، فالقياس: أن يكون القول قول المشتري مع يمينه، ولا يتحالفان، وفي الاستحسان: يتحالفان، والذي يبدأ باليمين: هو المشتري في ظاهر

---

(١) في أ (المتفاوت)، والمثبت من م.

(٢) مختصر الطحاوي ص٨٢؛ وذلك ما رواه ابن مسعود عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم، أنه قال: (إذا اختلف البيِّعان والمبيع قائم بنفسه، وليس بينهما بَيِّنَة، فالقول ما قال: البَيِّع، أو يترادَّان)، [أخرجه أبو داود (٣٥١١)؛ والترمذي (١٢٧٠)؛ والنسائي في الكبرىٰ (٢٢٩٣)؛ وابن ماجه (٢١٨٦)؛ والحاكم في المستدرك وصححه، ووافقه الذهبي، ٢/ ٤٥. انظر: نصب الراية ٤/ ١٠٥؛ والحديث مرسل في الأصل]، وقال الجصاص: «ومن الفقهاء من يقول: إن القياس ما ورد به الأثر: من إيجاب التحالف والترادّ عند الاختلاف ... .

وأما أصحابنا فإنهم قالوا: القياس أن يكون القول: قول المشتري؛ لاتفاقهما على حصول السلعة للمشتري في عقد صحيح، والبيِّع مدَّعٍ لزيادة الثمن، فعليه البينة، والقول قول المشتري، إلاّ أنهم تركوا القياس للأثر»، ٣/ ٨١.

الرواية، فكان أبو يوسف يقول: أولاً يبدأ بالبائع[١]، وقيل: بأنه قول أبي حنيفة، ثم رجع إلى قول محمد: أنه يبدأ بالمشتري، فأيهما نكل عن اليمين قضي عليه بما ادَّعاه صاحبه، فإن حلفا، القياس: أن يترك المبيعَ للمشتري بما قال، وفي الاستحسان: يترادان، ولا ينفسخ البيع بينهما بنفس التحالف ما لم يفسخ الحاكم بينهما، حتى أن أحدهما لو أراد أن يلزم البيع بما قال صاحبه بعد التحالف قبل فسخ الحاكم، كان له ذلك، وقال بعضهم: ينفسخ بنفس التحالف، والأوَّل أصَحُّ.

هذا إذا لم يكن لأحدهما بينة، ولو قامت لأحدهما بينة، فإنه يقضىٰ ولا تحالف بينهما، وإن قامت لهما جميعاً البينة، فالبينة بينة البائع؛ لأنها تثبت الزيادة[٢].

[اخْتِلَافُ المُتَبَايِعَيْنِ فِي الثَّمَنِ والمَبِيعُ هَالِكٌ]

وأما إذا اختلفا والمبيع هالك في يد المشتري، سقط التحالف في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، فالقول: قول المشتري مع يمينه في الثمن[٣]، فإن حلف أعطي ما قال، وإن نكل لزمه ما قال البائع[٤].

وقال محمد: يتحالفان ويترادان القيمة، وهلاك السلعة عنده لا يمنع التحالف[٥].

---

(١) في م (ولا يبدأ بالبائع).

(٢) وجه قولهما: «أن القياس يوجب أن يكون القول: قول المشتري كما سبق ـ فلما جاء الأثر في وجوب الترادّ في حال قيام السلعة، تركنا له القياس، وما عداه محمول على الأصل.

وأيضاً: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (لو أُعطي الناس بدعاويهم، لادّعىٰ ناس دِماء قوم وأموالهم، ولكن البينة على المدَّعي، واليمين على المدَّعىٰ عليه) [مسلم (١٧١١)]». شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٨٢.

(٣) عبارة المختصر: «وإن كان فائتاً، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا: القول قول المشتري في الثمن مع يمينه، إن طلب البائع يمينه على ذلك، ولا يترادّان البيع»، ص٨٢.

(٤) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٨٢.

(٥) في الشرح: «قال محمد: اختلافهما في الثمن، مَنَع صحة العقد؛ لأن كل واحد منهما غير =

ولو اختلفا في مقدار القيمة بعد التحالف، فالقول: قول المشتري مع يمينه.

ولو ادَّعىٰ أحدهما الهبة، وادّعىٰ الآخر [البيع]، فإنهما يتحالفان بالإجماع، وإن كان المعقود عليه هالكاً.

ولو أتلف المعقود عليه أجنبي قبل القبض، وانقلب إلى القيمة، ثم اختلفا في الثمن، فإنهما يتحالفان بالإجماع، وهذان/ الفصلان حجة محمد. [١٣٧-أ]

ثم الهلاك على ضربين: هلاك حقيقي، وهلاك حكمي:

أما الهلاك الحقيقي فظاهر: وهو أن يموت العبد، أو كان طعاماً فأكله، أو كان ثوباً فأحرقه، وما أشبه ذلك مما يوجب الفوات.

والهلاك الحكمي: أن يخرج من ملكه كله أو بعضه، وخروج البعض من ملكه في منع التحالف بمنزلة خروج الكل عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنه يُؤَدِّي إلى تفريق الصفقة على البائع، إلاّ إذا رضي البائع أن يأخذ القائم وحصة الغائب[1] من الثمن بقول المشتري، حينئذٍ يتحالفان ويترادَّان ما بقي في ملك المشتري، وعليه حصة الخارج من ملكه بقوله، في قول أبي يوسف.

وفي قول أبي حنيفة: لا يتحالفان في الأحوال كلها، وعند محمد: خروج الكل من ملكه لا يسقط التحالف، وكذلك خروج البعض.

ثم إذا تحالفا ينظر: إن خرج الكل من ملكه، فعلىٰ المشتري رد القيمة أو مثله إن كان مثلياً، وإن خرج البعض من ملكه فإنه ينظر: إن كان المبيع مما في تبعيضه مضرة، ويكون التبعيض فيه عيباً، فالبائع بالخيار بعد التحالف: إن شاء

= مصدق على صاحبه فيما ادّعاه من الثمن، ولا يختلف حكمه في حال قيام السلعة وهلاكها، ويفسخ البيع فيه على القيمة، كسائر البياعات الفاسد»، ٣/ ٨٣.

(١) في م (وحصته القائمة).

أخذ الباقي وقيمة الهالك، وإن شاء ترك الباقي وأخذ قيمة الكل.

وإن كان المبيع مما ليس في تبعيضه مضرة، ولا يكون التبعيض فيه عيباً، فللبائع أن يأخذ الباقي ومثل الفائت إن كان مثلياً، وقيمته إن كان غير مثلي.

وإن عاد إلى ملكه ثم اختلفا فإنه ينظر: إن كان العود فسخاً يتحالفان ويترَادَّان العين، وإن عاد بحكم ملك جديد، لا يتحالفان في قولهما، وقال محمد: يتحالفان ويترادان القيمة دون العين[1].

[اخْتِلَافُ الْمُتَبَايِعَيْنِ بَعْدَمَا ازْدَادَ الْمَبِيعُ فِي الثَّمَنِ]

ولو اختلفا في الثمن بعدما ازداد المبيع في يد المشتري، فالزيادة لا تخلو: إما أن تكون متصلة متولدة من الأصل: كالسمن، والحسن والجمال وغيرهما، أو غير متولدة من الأصل: (كالصبغ في الثوب، والبناء في الأرض والغرس وغيره، أو منفصله متولدة من الأصل: كالولد، والأرش، والعقر وغير ذلك، أو غير متولدة منه: كالهبة، والكسب.

أما إذا كانت الزيادة متصلة متولدة من الأصل، فإنها تمنع التحالف في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن الزيادة)[2] المتولدة من الأصل يمنع الفسخ في عقود المبادلات على قولهما، وعند محمد: لا يمنع الفسخ ويترادان القيمة؛ لأن هذا هلاك من طريق الحكم، والهلاك لا يمنع التحالف، ولكن يرد القيمة، وكذلك إذا كانت الزيادة متصلة غير متولدة، فهي على هذا الاختلاف.

وإن كانت الزيادة منفصلة متولدة من الأصل، فإنها تمنع الفسخ، وتمنع التحالف عندهما، وعند محمد: يتحالفان ويترادان القيمة، وإن كانت الزيادة

(١) انظر: شرح المختصر ٣/ ٨٢ - ٨٤.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

منفصلة غير متولدة منه، فإنها لا تمنع الفسخ بالإجماع، ويترادان المبيع دون الزيادة، والزيادة للمشتري ويطيب له ذلك.

[الاخْتِلاَفُ بَعْدَمَا انْتَقَصَ المَبِيعُ فِي يَدِ المُشْتَرِي]

ولو اختلفا في الثمن بعدما انتقص المبيع في يد المشتري، فإنه ينظر: إن كان النقصان بآفة سماوية، أو بفعل[1] المبيع، أو بفعل المشتري، فإنهما لا يتحالفان، والقول: قول المشتري على قولهما، إلا إذا رضي البائع أن يأخذه ناقصاً ولا يأخذ لأجل النقصان شيئاً، فحينئذٍ يتحالفان ويترادان العين، وعند محمد: يتحالفان، ثم البائع بالخيار: إن شاء أخذه ناقصاً ولا يأخذ لأجل النقصان شيئاً، وإن شاء ترك وأخذ القيمة.

وقال بعضهم: على قوله إن اختار أخذ العين، يأخذ معها النقصان [كالمقبوض بالبيع][2] الفاسد، وإن كان النقصان بفعل الأجنبي أو بفعل البائع، وجب الأرش، ويمنع التحالف/ في قولهما، والقول: قول المشتري، وعند [١٣٧-ب]
محمد: يتحالفان ويترادان القيمة، هذا إذا هلك المبيع كله أو بعضه هلاك حكم أو هلاك حقيقي.

[الاخْتِلاَفُ إِذا مَاتَ أَحَدُ العَاقِدَيْنِ والمَبِيْعُ قَائِمٌ]

وأما إذا كان المبيع قائماً لكنه مات أحد العاقدين، أو ماتا جميعاً، ثم وقع الاختلاف بين الوريثين، أو بين أحدهما وورثة الآخر، فإنه ينظر: إن كان المبيع غير مقبوض فإنهما يتحالفان ويترَادَّان، إلاّ أن اليمين على الورثة على العلم؛ لأنهم يحلفون على فعل الغير.

---

(١) في م (بعلم المبيع).

(٢) في أ (كالمنقوص بالمبيع).

وإنما جرىٰ التحالف بينهما؛ لأن القبض له شَبَه بالعقد، ولو كان المبيع مقبوضًا، فلا تحالف بينهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، والقول: قول المشتري أو ورثته بعد وفاته؛ لأن من مذهبهما: أن هلاك المعقود عليه يسقط التحالف، فكذلك هلاك العاقدين، وعند محمد: يتحالفان ويترادان القيمة؛ لأن من مذهبه أن هلاك المعقود عليه لا يمنع التحالف، وكذلك هلاك العاقدين، وهذا إذا اتفقا على أن الثمن دين.

[الاخْتِلَافُ فِي عَيْنِ الثَّمَنِ]

ولو اختلفا في عين الثمن وادَّعَيَا دينه، فادَّعَىٰ أحدهما: أن الثمن دين، وادَّعَىٰ الآخر: أن الثمن عين، فإن كان المدعي للعين هو البائع كما إذا قال: بعت منك جاريتي بعبدك هذا، أو المشتري يقول: اشتريت منك بألف درهم، فإن كانت الجارية قائمة، تَحَالَفَا، ويَتَرَادَّا، وإن كانت هالكة عند المشتري سقط التحالف عندهما، والقول: قول المشتري، وعند محمد: يتحالفان.

ولو كان المدعي للعين: هو المشتري، وهو أن يقول: اشتريت [منك] جاريتك بغلامي هذا، وقال البائع: بعتها منك بألفي درهم أو بمائة دينار، فإن كانت قائمة يتحالفان، وإن كانت هالكة يتحالفان أيضًا، ويترادان القيمة في قولهم جميعًا.

أمّا على قول محمد فلا يشكل، وأما على قولهما؛ فلأن وجوب الثمن على المشتري لا إشكال فيه، ووجبت اليمين على البائع أيضًا هاهنا؛ لأن المشتري يدعي عليه إلزام العين وهو الغلام، والبائع ينكره، فيتحالفان لهذا المعنىٰ.

ولو كان البائع يَدَّعِي بعض الثمن عينًا وبعضه دينًا، والمشتري يدَّعِي الكل دينًا، فإن كان المبيع قائمًا يتحالفا، وإن كان هالكًا فعلىٰ الاختلاف.

وإن كان المشتري يَدَّعِي البعض دينًا والبعض عينًا نحو أن يقول: اشتريت

منك جاريتك بغلامي هذا بألف درهم، وقيمة الغلام خمسمائة، فقال البائع: بعت منك جاريتي هذه بألفي درهم، فإن كانت الجارية قائمة يتحالفا ويترادا، وإن كانت هالكة يتحالفان أيضاً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن الجارية تنقسم على قيمة الغلام وعلى ألف درهم، فما حاذىٰ [منها بإزاء] الغلام هو ثلث ما يرد المشتري قيمته، وما حاذىٰ منها [بإزاء] الألف وهو ثلثاها، يرد ألف درهم ولا يرد القيمة؛ لأن المشتري لو كان يَدَّعِي جميع الثمن عَيْناً، كانا يتحالفان ويترادان القيمة، ولو كان يدعي جميع الثمن ديناً، كان القول: قوله ولا يتحالفان، فلما كان يَدَّعي بعضه عيناً وبعضه ديناً، ترد القيمة بإزاء العين، والقول: قوله بإزاء الدين، وعند محمد: يتحالفان ويترادان جميع القيمة.

[الاخْتِلَافُ فِي أَجَلِ الثَّمَنِ]

ولو [اختلفا في] أجل الثمن مع اتفاقهما على الثمن، فإنهما لا يتحالفان.

الأصل في هذا: أن العاقدين متىٰ اختلفا في المملوك بالعقد، فإنهما يتحالفان، ومتىٰ اختلفا في المملوك بالشرط لم يتحالفا، أو يقول: متىٰ اختلفا في كلمة العقد تحالفا، ومتىٰ لم يختلفا في كلمة العقد لم يتحالفا، والأصل مملوك بالشرط، وليس من كلمة العقد، والثَّمَن والمُثَمَّن [مملوكان][1] بالعقد، وهما من كلمة العقد.

ثم الاختلاف في أجل الثمن لا يخلو: إما أن يختلفا في أصله، أو في قَدْرِه، أو في مُضِيِّه، فإن اختلفوا في أصله فالقول: قول البائع؛ لأنه يستفاد من جهته.

وإن اختلفا في قدره فالقول: قوله أيضاً، والبينة / بينة المشتري في المسألتين [١٣٨-أ]
جميعاً؛ لأنها تثبت أصل الأجل، والزيادة في القدر.

وإن اختلفا في مُضِيِّهِ مع اتفاقهما على القَدْر، فالقول: قول المشتري إنه لم

---

(١) في أ (مملوك)، والمثبت من م.

يمض، والبينة بينته أيضاً؛ [لأنه يتبعه الأجل].

ولو اختلفا في القدر والمضي فالقول: قول المشتري في المُضِيِّ، وقول البائع في القَدْرِ، فيجعل شهر[1] لم يمض، والبينة بينة المشتري، فهذا كله إذا كان المبيع عيناً.

[الاخْتِلَافُ فِيمَا كَانَ المَبِيْعُ دَيْناً]

وأما إذا كان المبيع ديناً -يعني السَّلَم- واختلفا فيه، فلا يخلو: من ثلاثة أوجه: إما أن يختلفا في السَّلَم ويتفقا على رأس المال، أو يختلفا في رأس المال ويتفقا في السلم، أو اختلفا فيهما جميعاً:

فإن اختلفا في السَّلَم واتفقا على رأس المال فلا يخلو: إما أن يختلفا في قَدْرِه، أو جِنْسِه، أو في صِفَتِه، ولا بَيِّنَةَ لهما، فإنهما يتحالفان ويترادَّان العقد، والذي يبدأ باليمين: هو المُسَلَّم إليه في قول أبي يوسف الأول، وهو قول أبي حنيفة، وفي قوله الآخر وهو قول محمد: يبدأ برب السَّلَم؛ لأن رب السلم هو المشتري، فأيهما نكل قضي عليه ما ادّعاه صاحبه، وإن حَلَفَا تَرَادَّا العقد.

وروي عن أبي يوسف أيضاً أنه قال: أيهما بدأ بالدعوىٰ استحلف الآخر، وكذلك هذا الاختلاف في ثمن المبيع، وقال بعضهم: القاضي يبدأ بأيهما شاء، وإن [شاء] أقرع بينهما.

قال: وإن اختلفا في رأس المال مع اتفاقهما على السَّلَم في جنسه، أو في قدره، أو في وصفه، ولا بَيِّنَةَ لهما، تحالفا، والذي يبدأ باليمين: رب السلم في قولهم جميعاً، ولو اختلفا فيهما جميعاً ولا بَيِّنَةَ لهما، تحالفا أيضاً، ويبدأ بيمين أيهما شاء، هذا كله إذا لم تقم بينة لهما.

---

(١) في م (سهواً).

وأما إذا أقام أحدهما البينة، تقبل بينته أيهما ما كان، وإن أقاما جميعاً البينة، فإن كان الاختلاف وقع بينهما في السَّلَم مع اتفاقهما على رأس المال، فالبينة بينة رَبِّ السلم، ويقضىٰ [بسلم] واحد في قول أبي يوسف، وقيل: إنه قول أبي حنيفة، وقال محمد: تقبل البينتان جميعاً ويقضىٰ [بسَلَمَيْن، هذا إذا كان قبل التفرق، وأما إذا تفرقا ثم اختلفا، تقبل بيّنة ربّ السلم، ويقضىٰ][(١)] بسلم واحد بالإجماع؛ لأنه لم يقبض إلا رأس مال واحد.

وإن اختلفا في رأس المال مع اتفاقهما في السلم، فالبينة: بينة المُسَلَّم إليه، ويقضىٰ بسلم واحد في قولهما، وعند محمد: تقبل البينتان جميعاً، ويقضىٰ بسَلَمَيْن، هذا إذا تصادقا أن رأس المال كان ديناً.

ولو تصادقا أن رأس المال عين [واختلفا في السلم، فإن كان رأس المال عيناً واحدة][(٢)]، يقضىٰ بسَلَمٍ واحدٍ على ما يَدَّعِيْه الطالب، كما إذا قال رب المال: أسلمت إليك هذا الثوب في كُرِّ حنطة، وقال المسلم إليه: لا بَلْ أسلمت إليّ في كُرّ [شعير]، وأقاما البينة، تقبل بينة الطالب.

ولو كان رأس المال عَيْنَيْنِ يقضىٰ [بسَلَمَيْن] بالإجماع، كما إذا قال: أسلمت إليك هذا الثوب في كر حنطة، وقال الآخر: في كر شعير، وأقاما البينة، فالبينة بينة الطالب، ويقضىٰ بعقدين.

ولو اختلفا في مكان الإيفاء، فقال ربِ السلم: شرطت عليك الإيفاء في مكان كذا، (وقال المُسَلَّم إليه: لا بل شرطت لك الإيفاء في مكان كذا)، فالقول: قول المُسَلَّمِ إليه، ولا يتحالفان في قول أبي حنيفة؛ لأن من مذهبه: أن مكان الإيفاء مملوك بالشرط، ألا ترىٰ أنه لو لم يشترطه[(٣)] بطل السَّلَم، وقد ذكرنا أن

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من م.
(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من م.
(٣) في م (أنه لو ترك اشتراطه).

الاختلاف فيما يملك بالشرط لا يوجب التحالف، وعندهما: يتحالفان؛ لأن مكان الإيفاء مملوك بالعقد عندهما، ألا ترىٰ أنه لو ترك اشتراطه لا يبطل السلم على قولهما.

ولو اختلفا في أَجَل السَّلَم، فالاختلاف فيه لا يوجب التحالف والتراد عند علمائنا الثلاثة؛ لأنهما اختلفا في المملوك بالشرط، وعند زفر يتحالفان ويترادان؛ لأن السلم لا يصلح[1] إلا به، والاختلاف فيه كالاختلاف في صفة السلم.

[الاخْتِلاَفُ فِي الأَجَلِ]

[١٣٨-ب] ثم الاختلاف في الأجل لا يخلو: / إما أن يختلفا في أَصْلِهِ أو في قَدْرِه، أو في مُضِيِّهِ، أو فيهما جميعاً.

أما إذا اختلفا في أصله فإنه ينظر: إن كان مُدَّعِي الأجل وهو رب السلم فالقول: قوله قياساً واستحساناً، ويجوز السلم.

وإن كان مُدَّعِي الأجل هو المُسلَّمُ إليه فالقول: قوله أيضاً استحساناً، ويجوز السلم وهو قول أبي حنيفة، وفي قولهما: القول: قول رب السلم ويفسد السلم، وهو القياس.

ولو اختلفا في قدره، فالقول: قول رب السلم.

ولو اختلفا في مُضِيِّهِ، فالقول: قول المسلم إليه، والبينة أيضاً بينته.

وصورة المسألة: إذا قال رب السلم: كان الأجل شهراً وقد مضىٰ، وقال المُسَلَّمُ إليه: كان الأجل شهراً ولم يمض، وإنما أخذت السلم الساعة، فالبينة بينته؛ لأنه يثبت الفصل في المدة.

---

(١) في م (يصح).

ولو اختلفا في قدره ومضيه فالقول: قول رَبِّ السَّلَم في القَدْرِ، وقول المسلم إليه في المُضِيِّ. ولو أقاما جميعـًا البينة، [فالبينة] بينة المُسَلَّم إليه على إثبات الزيادة أنه لم يمض؛ لأنه يَدَّعي أنه أخذ السَّلَمَ السَّاعَةَ.

ولو اشترىٰ عبدين فقبضهما ومات أحدهما، ثم اختلفا في الثمن، فالقول: قول المشتري مع يمينه، إلاّ أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئـًا في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف: القول: قول المشتري في حصة الهالك، [ويترادان في الباقي، وفي قول محمد](١): يتحالفان ويترادان في ذلك كله.

وتفسير المسألة: أن البائع إذا قال: بعتهما منك [بألفي] درهم، وقال المشتري: اشتريتهما بألف درهم، ففي قول أبي حنيفة: يحلف المشتري بالله بأنّه ما اشتريتهما بألفين، فإن نكل عن اليمين لزمه ألفان، وإن حلف لا يلزمه إلا ألف، ولا يتحالفان إلا أن يرضىٰ البائع أن يأخذ الحَيّ خاصة، فإن رضي بذلك يتحالفان، فإن المشتري قد حلف، يحلف البائع بالله ما بعتهما بألف، فإن نكل عن اليمين يأخذ الألف، وإن حلف فسخ البيع ويأخذ البائع الحي، وليس له غير ذلك.

وأما في قول أبي يوسف: يحلف المشتري بالله تعالىٰ ما اشتريتهما بألفي درهم، فإن نكل عن اليمين لزمه ألفان، وإن حلف البائع بالله تعالىٰ ما بعتهما بألف، فإن نكل لا يأخذ [إلاّ] الألف درهم، فإن حلف يفسخ البيع في الحَيّ، وفي حصة الهالك القول: قول المشتري، يحلف بالله تعالىٰ ما عليك من ثمن الهالك إلا خمسمائة، فإن حلف يأخذ منه خمسمائة، وإن نكل لزمه الألف، (فيضاف الحالف إليهما)(٢) وإن كان القصد به التحالف في الحي؛ لأنه لو حلف في الحَيّ

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

(٢) في م (وتصادقا التحالف إليهما).

خاصة، فلعله يتناول في ذلك ويقول: ما اشتريت هذا الواحد بألف درهم وإن كان اشتراهما بألفين، وبعدما تحالفا يحلف يميناً آخر على ما ذكرنا لما وجب عليه من اليمين، هذا إذا لم يختلفا في قيمة واحد منهما.

ولو اختلفا في قيمة الحيّ أو في قيمة الهالك، ففي قيمة الهالك القول: قول البائع؛ لأن المشتري ادَّعىٰ زيادة البراءة، والبائع ينكر، فالقول: قوله مع يمينه، وأما في الحي ينظر إلى قيمته في الحال: فإن كانت قيمته مثل ما قال البائع أو أَقَلَّ، فالقول: قول البائع مع يمينه، وإن كانت قيمته مثل ما قال المشتري أو أكْثَرَ فالقول: قول المشتري مع يمينه، وإن كانت قيمته فيما بين ذلك، فالقول: قول كل واحد منهما مع يمينه إلى مقدار القيمة.

وفي قول محمد: يحلف المشتري: بالله ما اشتريتهما بألفين، فإذا حلف يحلف البائع: بالله ما بعتهما بألف، فإذا حلف فسخ البيع بينهما، فيأخذ البائع الحي وقيمة الهالك.

وإن اختلفا في قيمة الهالك، فالقول في قيمته: قول المشتري مع يمينه؛ لأنه صار ديناً عليه، فالقول: قوله في مِقْدَار الدِّيْن.

وأصل المسألة: أن من أصل أبي حنيفة وأبي يوسف: (أن السِّلْعَةَ إذا كانت هالكة أو متغيرة، فإنهما لا يتحالفان إلا أن يرضىٰ البائع بالسلعة وهي متغيرة، إلا أن من أصل أبي حنيفة: أن هلاك أحدهما يجعل تَغَيُّراً في الآخر، وأبو يوسف / لا [١٣٩-أ]
يجعل هلاك أحدهما تغيراً في الآخر)[1]، وفي قول محمد: الهلاك أو التَّغَيُّر لا يمنع التحالف، فيتحالفان ويترادان القيمة، وفي التغيير قد ذكرنا قبل هذا[2].

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) انظر المسألة في فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ١٥٤، ١٥٣؛ وللتفصيل في مسائل اختلاف المتبايعين: البدائع ٧/ ٣٢٤٣ وما بعدها.

[بيع الغَرَر]

قال: (**ولا يجوز بيع الآبق في حالة إباقه**[١]**، ولا بيع طير لم يصطد، ولا بيع سمك لم يُؤخذ [إلاّ بصيد مستأنف]**)[٢].

اعلم بأن الإباق لا يزيل مِلْكَ المولىٰ عن العبد، ألا ترىٰ أنه لو أعتقه نفذ عتقه فيه، فكذلك إذا دَبَّرَهُ، ولو وهبه لولده الصغير، صَحَّتْ الهِبَةُ ويكون له؛ [لأن هبة الأب لولده الصغير، تملك بمجرد العقد][٣]، إلاّ أن بيعه إنما لا يجوز؛ لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه، فإن ظهر العبد وسَلَّمَهُ إلى المشتري جاز، وأيهما امتنع: إما البائع عن التسليم، أو المشتري عن القبض، فإنه يخيّر على ذلك، ولا يحتاج إلى بيع جديد، إلا إذا رفعه المشتري إلى القاضي وطلب التسليم، وعجز البائع عن التسليم، وفسخ القاضي العقد بينهما، ثم ظهر العبد، فإنه يحتاج إلى بيع جديد، هكذا ذكر الكرخي في مختصره، جعل هذا لمن باع الشيء المغصوب وهو في يد الغاصب، فإن صِحَّةَ البيع موقوفة على التسليم، وقال مشايخ بلخ وأبو عبد الله الثلجي: أنه يحتاج إلى بيع [جديد] بخلاف المغصوب؛ لأن العبد الآبق ليس في ضمان نفسه، فصار كبيع الطير في الهواء، والسمك في الماء، والصيد في الفضاء، ثم يأخذه ويسلمه، فإنه لا يجوز.

---

(١) قال الجصاص: «وقد روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (النهي عن بيع الآبق)؛ ولأنه غَرَر غير مقدور على تسليمه، فهو كبيع السمك في الماء، والطير في الهواء، وروىٰ ابن مسعود عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (لا تشتروا السمك في الماء، فإنه غرر) [أخرجه أحمد في المسند ١/ ٣٨٨؛ والبيهقي في الكبرىٰ وقال: هكذا روي مرفوعاً، وفيه إرسال بين المسيب وابن مسعود، والصحيح ما رواه هشيم عن يزيد موقوفاً على عبد الله، ٥/ ٣٤٠؛ وقال الهيثمي في المجمع: «رواه أحمد موقوفاً ومرفوعاً، والطبراني في الكبير كذلك، ورجال الموقوف رجال الصحيح، ورجال المرفوع: شيخ أحمد: محمد بن السماك، ولم أجد من ترجمه، وبقيتهم ثقات»، ٤/ ٨٠]».

(٢) مختصر الطحاوي ص٨٢.

(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

ولو أبق العبد ولحق بدار الحرب، غير أنه لم يأخذه الكفار ولم يستولوا عليه، فإن حكمه كما إذا كان في دار الإسلام ولم يلحق بدار الحرب، ولو أخذه المشركون وقهروه، فإنه لا يصير ملكاً لهم في قول أبي حنيفة، ولا يزول ملك المولىٰ عنه، حتى أنه يجوز عتقه وتدبيره، ولكن لا تجوز هبته لولده الصغير؛ لأن يده زالت بحدوث يد الكفار عليه، ألا ترىٰ أن الرجل إذا غصب عَبْدَ رَجُلٍ وادَّعَىٰ الغاصب الرقبة لنفسه، لا يزول ملك المولىٰ عنه، ولكن لو وهبه لولده الصغير لم يجز؛ لزوال يده عنه بحدوث يد غيره عليه، كذلك هاهنا، وعن أبي يوسف ومحمد: زال ملك المولىٰ، ومَلَكَ الكافر بالأخذ، ولا يجوز عتقه ولا تدبيره.

ولو أسلم الآخذ يكون له، ولا سبيل للأول عليه، وكذلك إذا صار ذمياً وهو في يده، أو أخرجه إلى دار الإسلام بأمان، فلا سبيل للمولىٰ عليه، وعند أبي حنيفة: للمولىٰ أن يأخذه، وكذلك لو ظهر المسلمون على الدار فمولاه أحق به عنده، وعندهما: إن وجده قبل القسمة أخذه بغير شيء، وإن وجده بعدها أخذه بالقيمة.

وكذلك لو دخل دار الحرب واحد مِنَّا بأمان واشتراه منهم، أو ملكه بغير بدل عند أبي حنيفة يأخذه بغير شيء، وعندهما: يأخذه بالثمن في الشراء، وفي التمليك بغير بدل يأخذه بالقيمة.

ولو أخذ العبد الآبق أحد في دار الإسلام، ثم جاء إلى مولاه واشتراه منه صَحَّ الشراء، ثم ينظر: إن كان أحضره مع نفسه صار قابضاً عقب عقده، وإن لم يحضره مع نفسه ينظر: إن كان أخذه ليرده على صاحبه وأشهد على ذلك، كان قبضه أمانة، ولا يصير قابضاً حتى يصل إليه؛ لأن قبض الأمانة لا ينوب عن المضمون، حتى أنه لو هلك العبد قبل الوصول إليه هلك على البائع، وبطل العقد بينهما، ولو كان وصل إليه وأمكنه قبضه فقبضه حقيقة أو لم يقبضه صار قابضاً، حتى أنه لو هلك يهلك عليه بعد ذلك.

وإن كان أخذه لنفسه لا لِيَرُدَّهُ على صاحبه، صار قابضاً عقب عقده (حتى أنه لو هلك قبل الوصول إليه هلك على المشتري؛ لأن قبضه مضمون، والقبض المضمون ينوب عن قبض الشراء.

ولو أخذه ليرده ولكن لم يُشْهِدْ على ذلك، فإنه يصير قابضاً عقب عقده)[1] في قولهما؛ لأن قبضه مضمون عندهما، وعند أبي يوسف: لا يصير قابضاً حتى يصل إليه؛ لأن هذا القبض/ قبض أمانه عنده. [١٣٩-أ]

ولو أخذ الآبَقَ رجلٌ فجاء إلى مولاه آخر فقال: إن عبدك آخذه فلان فبعه مني، وأنا أقبضه منه، فباعه منه، فإن البيع لا يجوز، وإذا قدر على القبض وصار في يده، جاز البيع ونفذ، فكذلك هذا الحكم في صيد انفلت منه بعدما أخذه، وملكه بالأخذ من صيد بَرٍّ أو بَحْرٍ، أو أرسله [بنفسه][2]، فإن ذلك لا يزول بالانفلات والإرسال، فإذا باعه بعد لك لا يجوز بيعه.

ولو قدر على التسليم، جاز بيعه على قول الكرخي، وعلى قول مشايخ بلخ: لا يجوز كما ذكرنا في الآبق، وكذلك الحكم في البهيمة إذا انفلتت منه إلا إذا دخلت دار الحرب، وأخذوها ملكوها بالإجماع، ولا يجوز بيعه وتصرفه فيها بحال.

وقوله: لا يجوز بيع صيد لم يصطد، ولا سمك لم يؤخذ إلا بصيد مستأنف؛ لأنه باع ما لا يملك، والأصل في هذا: أن من باع ملك غيره بغير أمر مالكه، أو باع ما ليس بملك له، ثم ملكه بعد البيع بسبب حادث، فلا يجوز بيعه السابق، ولا ينفذ بيعه، [إلاّ إذا كان سبب ملكه تقدم، حينئذٍ نفذ بيعه][3]: وهو أن يكون المبيع مضموناً عليه، فباعه بغير إذن مالكه، ثم أنه ضمنه قيمته بعد البيع كالغصب.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) في أ (بقبضه)، والمثبت من م.

(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

ولو اشتراه من مالكه أو وهبه له، أو كان صيداً فأخذه، أو كانت سمكة فأخذها، فإنه لا يجوز بيعه، ولو باع سمكة في حوض، إن كان لم يأخذها [قط] فلا يجوز بيعها؛ لأنه باع ما لم يملك، وإن أخذها ثم أرسلها، جاز البيع إن كان يقدر على أخذه من غير اصطياد، وللمشتري خيار الرؤية، وإن كان لا يمكن أخذها لا يجوز البيع، إلاّ إذا قدر على التسليم على ما ذكرنا من اختلاف المشايخ(١).

[الخيار في بيع الفضولي]

قال: **(ومن باع شيئًا بغير أمر مالكه (بغير عرض)(٢)، فمالكه بالخيار)**(٣)(٤).

هذا على وجهين: إما أن يبيعه بثمن دَيْنٍ أو عَيْنٍ، أما إذا باعه بثمن دين كالدراهم والدنانير والفلوس، والكيلي والوزني موصوف بغير عينه، فإن البيع موقوف على إجازة المالك، وقيام الأربع شرط لصحة الإجازة: البائع، والمشتري، والمالك، والمبيع، وقيام الثمن في يد البائع ليس بشرط، فإن أجازه المالك بعد قيام الأربعة جاز البيع، فتكون الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة، ويكون البائع كالوكيل المجيز، والثمن للمجيز إن كان قائمـًا، وإن كان قد هلك في يد البائع هلك أمانة،

(١) انظر: شرح المختصر ٣/ ٨٤ - ٨٥.

(٢) في شرح المختصر بدل (بغير عرض): (بثمن في الذمة).

(٣) مختصر الطحاوي ص٨٣، وتكملة العبارة: «... ما لم يمت واحد من متعاقدي البيع، ومن المالك للبيع، وما لم يتلف المبيع، إن شاء أمضىٰ البيع، وإن شاء فسخه».

(٤) وذلك لما روي عن عروة البارقي أنه قال: (أعطاني رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم ديناراً لأشتري له شاةً، فاشتريت له شاتين، فبعت إحداهما بدينار، وجئت بالأخرىٰ، فقال: أحسنت)، الحديث روي بألفاظ مختلفة، وهو في البخاري (٣٤٤٣)؛ وأبي داود (٣٣٨٤)؛ والترمذي (١٢٥٨)؛ وابن ماجه (٢٤٠٢).

فدل هذا الخبر على صحة قولنا؛ لأن عروة، وحكيمـًا في رواية أخرىٰ باعا ما اشتريا بغير أمر النبي صلىٰ الله عليه وسلم، وأجاز النبي صلىٰ الله عليه وسلم بيعهما بأخذه الدينار. انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٨٦.

وقبل أن يجيزه المالك إذا فسخ البائع ينفسخ؛ لأن حقوق العقد تنصرف إليه، فله أن يتحرز عن التزام العهدة، وكذلك لو فسخ المشتري ينفسخ.

وفي باب النكاح لو أن رجلاً[1] خطب لرجل امرأة بغير أمره، فزوّجت المرأة نفسها من ذلك الرجل، فإن النكاح موقوف على إجازته، فإن فسخ هذا الفضولي النكاح قبل الإجازة، ففسخه باطل؛ لأن حقوق العقد لا تنصرف إليه، وهو مُعبّر فإذا عبّر فقد انتهىٰ، فصار هو بمنزلة الأجنبي، ولو فسخت المرأة النكاح قبل الإجازة، انفسخ.

ولو لم يجز المالك البيع وفسخه، انفسخ البيع، وله أن يَسْتَرِدَّ المبيع، ويرجع المشتري بالثمن على البائع إن كان نقده.

ولو مات المالك قبل الإجازة انفسخ البيع، ولا يجوز بإجازة ورثته، وليس هذا كالقسمة عند أبي يوسف: وهو أن مالاً بين وَرَثَةٍ كِبَار مما يجيزون على قسمته إذا طلبها بعضهم، فاقتسموه بغير أمر القاضي، وبعضهم غائب، فالقسمة موقوف على إجازة الغائب، فإن مات الغائب قبل الإجازة فأجازت الورثة، جازت القسمة عند أبي يوسف استحساناً؛ لأنه لا فائدة في نقض القسمة؛ لأنها لو نقضت تحتاج إلى الإعادة.

وقال محمد: القسمة مبادلة كالبيع، فلا يجوز بإجازة وارثه، وهو القياس.

ولو مات البائع أو المشتري قبل إجازة المالك، بطل البيع أيضاً، ولو هلك المبيع فإنه ينظر: إن كان هلاكه قبل التسليم إلى المشتري، فإنه يبطل/ العقد؛ لأن [١٤٠-أ]
العقد النافذ يبطل بهلاك المبيع قبل القبض، فالبيع الموقوف أولىٰ أن يبطل.

وإن كان الهلاك بعد القبض، فلا يجوز بالإجازة، وللمالك أن يضمن أيهما شاء: إن شاء ضَمَّن البائع، وإن شاء ضَمَّن المشتري، وأيهما اختاره [بطل][2] الآخر

---

(١) في م (فضولياً).
(٢) في أ (يرىٰ)، والمثبت من م.

من حيث لا سبيل له عليه بحال؛ لأن تحت التضمين تمليكـًا، فإذا ملكه من أحدهما لا يقدر أن يملكه من غيره، فإن اختار تضمين المشتري بطل البيع؛ لأن أخذ القيمة كالأخذ للعين، وللمشتري أن يرجع بالثمن على البائع، ولا يرجع عليه بما ضمن، وإن اختار تضمين البائع، فإنه ينظر: إن كان قبض البائع مضمونـًا عليه، نفذ بيعه بضمانه؛ لأنّ سبب ملكه تقدم عقده وإن كان قبضه أمانة، وإنما صار مضمونـًا عليه بالتسليم بعد البيع، لا ينفذ بيعه بالضمان، لأن سبب ملكه تأخر العقد.

وذكر محمد في ظاهر الرواية وقال: بأنه يجوز البيع بتضمين البائع، وقيل في وجه ظاهر الرواية: أنه سَلَّم أولاً حتى صار مضمونـًا عليه، ثم باعه فصار كالمغصوب، هذا إذا باعه بثمن دين.

وأما إذا باعه بثمن عَرَض مما يَتَعَيَّنُ للعقد إذا عَيَّنَهُ، فهاهنا قيام الخمس شرط للحوق للإجازة الأربع ما ذكرنا، والخامس قيام العَرَض، وهو الثمن شرط أيضـًا، فإن أجاز المالك عند قيام الخمس جاز البيع، ويكون الثمن للبائع دون المجيز، وله أن يرجع على البائع بقيمة ما له إن لم يكن له مثل، وإن كان له مِثْل فيرجع عليه بمثله.

وإنما كان كذلك؛ لأن الثمن إذا كان عَرَضـًا، فصار [البائع] مشتريـًا من وجه، (والشراء لا يتوقف على الإجازة إذا وجد يعاد على العاقد، وهاهنا وجد النفاذ على العاقد)؛ لأن العاقد من أهله، غير أنه صار ناقداً[(١)] مال غيره بغير إذنه في عقد عقده لنفسه، فإذا أجاز مالكه، صار مجيزاً للنقد لا للعقد.

وليس كذلك إذا كان الثمن دينـًا؛ لأنه يكون بائعـًا من كل وجه، ولا يكون مشتريـًا من وجه، فإذا أجاز صاحبه كان مجيزاً للعقد، فكان بدله له[(٢)].

---

(١) في أ (نافذاً)، والمثبت من م.

(٢) انظر: شرح المختصر ٣/ ٨٨، وما بعدها.

[بطلان البيع بهلاك أحد الأشياء الخمسة]

ولو هلك واحد من هذه الأشياء الخمسة، بطل البيع ولا تلحقه الإجازة (بعد ذلك على ما ذكرنا، فيما إذا كان بدله ديناً، ولو هلك العَرَض في يد البائع، بطل العقد ولا تلحقه الإجازة)[١]، ويرد المبيع إلى صاحبه، ويضمن البائع للمشتري مثله إن كان مثلياً، وقيمته إن كان غير مثلي؛ لأنه قبضه بعقد فاسد، ولو تصرف البائع في العَرَض قبل لحوق الإجازة، فإنه ينظر: إن تصرف فيه قبل القبض، فتصرفه [باطل، وإن تصرف فيه بعد القبض، فتصرفه][٢] صحيح إن كان قبضه بإذن المشتري دِلاَلَةً أو صريحاً، ولزمه مثله أو قيمته، وقد هلك بجواز تصرفه، فلا تلحقه الإجازة بعد ذلك، ولو تصرف المشتري في المبيع قبل لحوق الإجازة، فلا يجوز تصرفه، سواء كان قَبَضَ المبيعَ أو لم يقبضه؛ لعدم إذن مالكه.

الأصل عندنا: أن العقود تتوقف على الإجازة، إذا كان لها مجيز حالة العقد، وإن لم يكن لها مجيز حالة العقد فلا تتوقف، وهي باطلة، والشراء لا يتوقف على الإجازة إذا وجد نفاذاً على العاقدين، وإن لم يجد نفاذاً عليه يتوقف. وقال الشافعي: العقود لا تتوقف بحال[٣].

وبيان هذا: [وهو] أن الصبي المحجور إذا باع ماله أو اشترىٰ، أو تزوج امرأة، أو زَوَّجَ أمته، أو كاتبَ عَبْدَهُ، أو عَقَد عقداً يجوز عليه، أو فعله وليُّه في حالة الصِّغَرِ، فإذا فعله الصبي بنفسه يتوقف إلى إجازة وليه في حالة الصغر، ولو بلغ الصبي قبل أن يجيزه الولي فأجازه بنفسه، جاز، ولا يجوز بالبلوغ والإدراك من غير إجازة بعده[٤].

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) ما بين المعقوفتين مزيدة من م.

(٣) انظر: المهذب ٣/ ٣٤؛ المنهاج ص ٢١١.

(٤) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ١٧٣، ١٧٥.

[تَوْكِيْلُ الصَّبِيِّ الوَكِيلَ]

وكذلك الصبي لو وَكَّل وكيلاً بأن يعقد عليه هذه العقود، ففعل الوكيل قبل الإدراك أو بعده، توقف إلى إجازته بعد البلوغ،/ إلاّ التوكيل بالشراء، فإنه ينفذ [١٤٠-ب] على الوكيل، ولا يتوقف [إلاً إذا أجاز] التوكيل بعد البلوغ.

ثم إذا اشترىٰ الوكيل بعد ذلك، فيكون الشراء له دون الوكيل، فتكون إجازته الوكالة بعد الإدراك بمنزلة التوكيل ابتداءً.

ولو أن الصبي طلَّق امرأته، أو خالعها، أو أعتق عبده على مال، أو بغير مال، أو وهب ماله، أو تَصَدَّقَ به، أو زَوَّجَ عبده امرأة، أو باع ماله بمحاباة فاحشة، أو اشترىٰ شيئاً بأكثر من قيمته قدر مالا يتغابن الناس فيه، أو غير ذلك من العقود مما لو فعله وليه في حالة صغره لا يجوز عليه؛ فهذه العقود كلها باطلة لا تتوقف، وإن أجازها الصبي بعد البلوغ لم يجز؛ لأن هذه العقود لا مجيز لها حالة العقد، فلا تتوقف على الإجازة، إلا إذا كان لفظ إجازته بعد الإدراك مما يصلح للابتداء، فيَصِحُّ على جهة الابتداء لا على جهة الإجازة، نحو أن يقول بعد البلوغ: أوقعت ذلك الطلاق أو ذلك العتاق، فيقع؛ لأنه يصلح للابتداء.

ولو وَكَّلَ الصَّبِيُّ [وكيلًا] بهذه العقود فإن فعله الوكيل قبل الإدراك فهو باطل، لا يتوقف؛ لأن فعل وكيل الصبي كفعله بنفسه، ولو فعله بنفسه لا يتوقف، كذلك فعل وكيله.

ولو فعله الوكيل بعد الإدراك توقف على إجازته، ولو أجاز التوكيلَ بعد الإدراك ثم فعل الوكيل جاز، فتكون الإجازة بمنزلة الابتداء، ولا تصحّ وصيته في حال الصِّغَرِ، وإن أضافها إلى البلوغ، وإن مات قبل البلوغ أو بعده، لا تجوز وصيته إلاّ إذا أجاز تلك الوصية بعد البلوغ صَحَّتْ، وتكون إجازته بمنزلة الابتداء، وكذلك هذا الذي ذكرنا في المُكَاتَبِ والعَبْدِ إذا تصرفا، إن كان ذلك التصرف له مجيز حالة العقد

يتوقف، وإلاَّ فلا، إلاَّ أنَّهما إذا فعلا ما يتوقف على الإجازة كما إذا زوّجا أنفسهما ثم عتقا بنفس العتاق ينفذ، ولا يحتاج إلى إجازة مبتدأة، ففي الصبي يحتاج إليها[١].

[الشِّرَاء لِلْغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنٍ ولا وَكَالَةٍ]

قال: (وإذا اشترىٰ رجل لرجل شيئًا بغير أمره، كان ما اشترىٰ [من ذلك] لنفسه، أجازه الذي اشتراه له أو لم يجزه)[٢]. وهذا لما ذكرنا (أن الشراء إذا وجد نفاذاً على العاقد فإنه لا يتوقف، ولو لم يجد)[٣] النفاذ على العاقد يتوقف إلى إجازة من اشترى له: كالصبي، والمحجور، والعبد إذا اشتريا لغيرهما، فإنه يتوقف إلى الإجازة، فإن أجازه جاز، وتنصرف عهدته إليه دون العاقد، وهذا إذا أضاف العقد إلى نفسه.

وأما إذا أضاف العقد إلى الذي اشتراه له، نحو أن يقول للبائع: بع عبدك هذا من فلان بكذا، فقال الآخر: بعت، وقَبِلَ المشتري هذا البيع منه لأجل فلان، أو يقول البائع: بعت هذا العبد من فلان بكذا، وقَبِلَ الآخر لأجل فلان، فإنه يتوقف إلى إجازة ذلك الرجل.

وأما إذا قال المشتري: اشتريت هذا العبد منك بكذا لأجل فلان، فقال البائع: بعت، أو قال البائع: [بعت] منك هذا العبد بكذا لأجل فلان، وقال المشتري: قَبِلْتُ، نفذ الشراء على نفسه ولا يتوقف، هذا إذا لم يسبق من فلان التوكيل والأمر، ولو سبق من فلان التوكيل والأمر، فاشترىٰ الوكيل نفذ على المُوكِّلِ، وإن أضاف الوكيل الشراء إلى نفسه، وينصرف إليه العهدة إن كان من أهل الشراء لنفسه، وإن لم يكن من أهل الشراء لنفسه تنصرف عهدته إلى المُوكِّلِ.

---

(١) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ٥١٤، ٥١٦.
(٢) مختصر الطحاوي ص٨٣.
(٣) ما بين القوسين ساقطة من م.

واختلف مشايخنا: أن الموكل إذا اشترىٰ يقع الملك له ثم ينتقل إلى موكله لسبق الأمر والتوكيل، أو يقع الملك لوكيله ابتداءً، قال بعضهم: يقع الملك للوكيل أوَّلًا ثم ينتقل/ إلى الموكل، وقال بعضهم: لا يقع، ويقع للموكل. [١٤١-أ]

وأما الوكيل بالنكاح إذا أضاف عقد النكاح إلى نفسه، لا يكون للموكل، وينعقد النكاح على الوكيل، وينبغي للوكيل أن يقول: قبلت النكاح لأجل فلان، وكذلك المرأة تقول: زوّجت نفسي من فلان، يعني الموكل، وكذلك [الوَلِيُّ](١) يضيف عقد النكاح إلى من يعقد له العقد ولا يضيف إلى نفسه.

ولو اشترىٰ شيئًا لآخر بغير أمره، كان ما اشترىٰ لنفسه، ولو ظَنَّ هذا المشتري والمشترىٰ له أن هذا المشترىٰ يكون للمشترىٰ له، فسَلَّم إليه بعد القبض بالثمن الذي اشتراه به وقبله الآخر، صَحّ ذلك، ويجعل كأنه ولاء منه بما اشترىٰ.

ولو علما بعد ذلك: أن الشراء كان نافذاً على المشتري دون المشترىٰ له، فأراد أن يسترد منه بغير رضا الآخر، لم يكن له ذلك، وهذا كرجل اشترىٰ شيئًا من المنقولات فطلب جاره الشفعة، فظن المشتري أن له الشفعة فسَلَّم إليه ذلك، صار بيعًا بينهما، ولو أراد أحدهما أن ينقض ذلك بغير رضا الآخر، ليس له ذلك.

ولو أنهما اختلفا: فقال المشترىٰ له: كنت أمرتك بالشراء، وقال المشتري: اشتريت لك بغير أمرك، فالقول: قول المشترىٰ له؛ لأن المشتري لما أَقرَّ أنه اشتراه له، فقد أَقَرَّ أنه أشتراه بأمره؛ لأن الشراء له لا يكون إلا بعد سبق الأمر منه، ولكنه لا يحل له ذلك إلا إذا كان الأمر على ما زعم، هذا إذا أخذه بقضاء القاضي، ولو أخذه بغير قضاء طاب له ذلك؛ لأنه أخذه برضاه، فصار ذلك بيعًا جديداً فيما بينهما بتراضيهما(٢).

---

(١) في م (الوكيل).
(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٩٠، ٩١.

[بَيْعُ الأَعْمَىٰ وشِرَاؤُهُ]

قال: (وبيع الأعمىٰ جائز، وابتياعه جائز، وله فيما اشترىٰ الخيار بالجَسِّ إن كان مما يجسّه)(١).

خيار الرؤية ثابت للأعمىٰ فيما اشترىٰ، فإن الشيء مما يجسّ فرؤيته جَسّه إياه، وإن كان مما يُشَمّ أو يذاق، فرؤيته ذوقه أو شمه، وقام ذلك مقَام الرؤية من البصير.

وإن كان المبيع مما لا يمكن أن يفعل به هذه الأشياء: كالثمار على رؤوس الأشجار وغيرها، فرؤيته أن يوصف له ذلك، وكان كما يوصف له، فإن وجد منه هذه الأشياء التي حكمنا بكونها رؤية له، ثم اشتراه كان رضاً منه، أو رآه بعد الشراء ثم قبضه أو رآه ثم قال: رضيت، كما في البصير.

ولو قال: رضيت بعد وجود هذه الأشياء، لم يبطل خياره كالبصير إذا رضي قبل الرؤية، لم يصح، ولو فسخ قبل الرؤية صَحَّ.

وروي عن محمد أنه قال: يقوم من المبيع في موضع لو كان بصيراً يراه، ثم يوصف له ذلك، حتى يكون فاعلاً أقصى ما يمكنه(٢).

وروي عن الحسن بن زياد أنه قال: يُوَكِّل بصيراً في الرؤية، فتكون رؤية الوكيل كرؤيته.

[بَيْعُ المُلَامَسَةِ والمُنَابَذَةِ والحَصَاةِ]

قال: (وبيع المُلَامَسَةِ والمُنَابَذَةِ لا ينعقد بهما بيع، وهما بيعان كانا في الجاهلية:

---

(١) مختصر الطحاوي ص٨٣. «وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ولم يفرق بين العميان والبصراء؛ ولأن هذا مما نقلت الأمة جوازه». شرح المختصر ٣/ ٩٢.

(٢) انظر: الجامع الصغير (مع شرح النافع الكبير) ص٢٨١.

يتراوض الرجلان [على] السلعة، أي: يتساومان، فإن أحب المشتري التزام البيع[١] لمسها بيده، فيكون مشتريًا لها، رضي بذلك مالكها أو لم يرض).

والمنابذة: هي أن الرجلين يتساومان[٢] [على] السلعة، فإن أحب مالكها إلزام المشتري[٣] البيع فينبذها إليه، فليزمه البيع، وليس له ردها بعد ذلك.

وبيع آخر كانوا يسمونه في الجاهلية بيع الحصاة: وهو أنهما كانا يتراوضان [على] السلعة، فإن أحب المشتري التزام البيع، وضع حصاة على السلعة، فيتم البيع بينهما بذلك، وليس للبائع فسخه وردّه، فنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك كله)[٤].

[بَيْعُ الحَمْلِ دَوْنَ أُمِّه، والأمِّ دَوْنَ حَمْلِهَا]

قال: (ولا يجوز بيع الحَمْل دون أمه[٥]، ....

---

(١) في م (الشراء أو البيع).

(٢) في المختصر (يتراوضان).

(٣) في المختصر (المساوم له عليها إياها فينبذها ...) ص ٨٣.

(٤) انظر: المختصر ص٨٣، الحديث أخرجه البخاري (٢٠٣٧)؛ ومسلم (١٥١١). «وكان أهل الجاهلية يتراضون على البيع، فإذا لَمَسَه، أو نبذه إليه، فقد وجب البيع، فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك.

وهذا أصل في امتناع جواز عقود البياعات على الأخطار». شرح المختصر ٣/ ٩٣.

(٥) «وذلك لما رُوي عن ابن عمر أنه قال: (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع المَجْر يعني: ما في الأرحام ـ، وعن بيع الكالئ بالكالئ)، [رواه البزار وفيه موسى بن عبيدة، وهو ضعيف، كما في مجمع الزوائد، ٤/ ٨٠].

وروي عن أبي هريرة: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (نهى عن المضامين، والملاقيح، وحَبَل الحَبَلة) [رواه الطبراني في الكبير، والبزار، وفيه إبراهيم بن إسماعيل بن أبي حبيبة، وثقه أحمد، وضعّفه جمهور الأئمة، وفي رواية البزار: صارح بن أبي الأخضر، وهو ضعيف. كما في مجمع الزوائد ٤/ ١٠٤. لكن روى عبد الرزاق في مصنفه الحديث مرفوعًا عن ابن عمر وبإسناد قوي. كما قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/ ١٢. وقال =

ولا بيع الأم دون حملها)[(١)].

الرجل إذا باع جاريته وفي بطنها ولد ليس من مولاها، أو باع بهيمة في بطنها ولد، ولم يذكر ما في البطن، فإن البيع جائز، ويدخل ما في البطن [تبعاً لها]، ولو استثنىٰ ما في بطنها، بطل البيع.

والاستثناء لما في البطن [في العقود] على ثلاث مراتب: في وجه: العقد فاسد والاستثناء فاسد، وفي وجه: البيع جائز والاستثناء فاسد، وفي وجه: كلاهما جائزان:

[١٤١-ب] أما الوجه / الذي فيه العقد فاسد والاستثناء فاسد: فهو البيع، والإجارة، والكتابة، والرهن؛ لأن هذه العقود تبطلها الشرائط الفاسدة، واستثناء ما في البطن شرط فاسد.

وأما الوجه الذي يجوز العقد ويبطل الاستثناء: الهِبَةُ، والصَّدَقَةُ، والنِّكاحُ، والخُلْعُ، والصُّلْحُ عن دَمِ العَمْدِ؛ لأن هذه العقود لا تبطلها الشروط الفاسدة، فيصِحُّ العقد ويبطل الاستثناء، ودخل في العقد الأم والولد جميعاً، وكذلك المُعْتِق إذا أعتق الجارية واستثنىٰ ما في بطنها، صَحّ العتق ولم يصح الاستثناء.

وأما الوجه الذي يجوز كلاهما: الوَصِيَّةُ، إذا أوصىٰ بجارية لرجل واستثنىٰ ما في بطنها، فإنه يَصِحّ؛ لأن الوصية أخت الميراث، فقد جعل الجارية وصية، وما في بطنها ميراثاً، والميراث يجري فيما في البطن، وليس هذا كما لو أوصىٰ بجاريته لرجل واستثنىٰ خدمتها وغَلَّتَها لِلْوَرَثَةِ، فالوصية صحيحة والاستثناء باطل؛ لأن الغَلَّة والخدمة لا تجري فيهما الميراث بدون الأصل، ألا ترىٰ أنه لو أوصىٰ بخِدْمَتِها وغَلَّتِها لإنسان ثم مات الموصىٰ له بعد ما صَحَّت الوصية له، فإنها تعود

= الجصاص: «ونهيه صلىٰ الله عليه وسلم عن بيع المضامين، مشتمل على الولد في البطن، واللبن في الضرع ...». شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٩٦.

(١) المختصر ص٨٣.

إلى ورثة المُوْصِيْ، ولا تكون الخدمة والغلة موروثة عن المُوصَىٰ له.

وبمثله لو أوصىٰ بما في بطن جاريته لإنسان، والمسألة بحالها، فإن الولد يكون موروثاً عن الموصىٰ له، ولو أوصىٰ برقبتها لإنسان، (وبما في بطنها لآخر، فمات الموصىٰ له بالولد، عاد المِلْكُ إلى وارثه، ولو أوصىٰ برقبتها لإنسان)[1] وبغَلَّتها وخدمتها لآخر، ثم مات الموصىٰ له بالغَلَّةِ، عاد المِلْكُ إلى صاحب الرَّقَبَةِ دون ورثة المُوْصَىٰ له بالغلة.

وكذلك لو أن الموصىٰ له بالغلة مات قبل موت الموصي، أو رَدَّ وصيته وقد أوصىٰ الموصي برقبتها لآخر، فإن الغَلَّة والخدمة تعود إلى الموصىٰ له بالرقبة، ولا تكون لورثة الموصي.

وبمثله لو أن المُوْصَىٰ له، بالولد مات قبل موت المُوْصِيْ، أو رَدَّ الوصية لم يعد ذلك إلى الموصىٰ له، ولكن يعود إلى ورثة الموصي، فكذلك افترقا.

ولو أوقع العقود على ما في البطن: أما عقد البيع فلا يجوز، وكذلك عقد الكتابة عليه لا يجوز، وإن قبلت الأم عنه، وكذلك الهبة والصدقة لا تجوز، وإن سَلّم إلى الموهوب له مع الأم، ولو تزوج عليه امرأة فالتسمية باطلة، ويجب مهر المثل، ولو صالح عن القصاص على ما في البطن فالصلح صحيح، ويبطل القصاص، والتسمية فاسدة، ويكون للولي على القاتل الدية؛ لأن هذه القعود تصح على ما هو مال، والولد في البطن ليس بمال.

ولو أنه أعتق ما في البطن، صَحّ إذا علم أنه كان موجوداً في البطن وقت العتق، وإنما يعلم وجوده إذا جاء ت به لأقل من ستة أشهر [من] وقت العتق، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً لا يعتق؛ لأنه لا يعلم وجوده وقت العتق، فلا يعتق بالشَّكِّ، إلاّ إذا كانت الأمة في عدّة من زوج، فإنه يحكم بوجود الولد إلى سنتين من وقت

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

الفراق في حق ثبوت النسب، فكذلك في حكم العتاق.

وإنما جاز عتق ما في البطن؛ لأن العتق يلاقي الرق، وما في البطن مرقوق، فكذلك الوصية بما في البطن تَصِحّ، إذا علم وجوده في البطن وقت الوصية؛ لأن الوصية أخت الميراث، والميراث يجري فيما في البطن، فكذلك الوصية.

ولو خَالَعَ امرأته على ما في بطن جاريتها، أو على ما في بطن بهيمتها فالخلع واقع، وللزوج الولد إذا كان موجودًا في البطن وقت الخلع، وإن لم يكن موجوداً وقت الخلع، كما إذا جاءت به لستة أشهر فصاعداً، فلا سبيل للزوج على ما في البطن، ولكنه ينظر: إن قالت: خَالَعَنِيْ على ما في بطن جاريتي ولم يقل مِنْ وَلِدٍ، فلا شيء له عليها، ولو قالت: من ولد، فإنه يرجع عليها بما سَاق إليها من المهر؛ لأنها غَرَّت/ زوجها حيث قالت: من وَلَدٍ، وليس في بطنها ولد، وإذا لم تقل من ولد لم [١٤٢-أ]
تغره، وهذا كله إذا قالت المرأة: اخلعني على ما في يدي، أو على ما في بيتي، أو على ما في صندوقي هذا، وذكرت من شيء أو لم تذكر، فإن كان فيه شيء فهو للزوج، وإن لم يكن فيه شيء فلا يرجع الزوج عليها بشيء؛ لأنها لم تَغُرَّه حيث لم تُسَمِّ له مالاً.

وأما إذا قالت: اخلعني على ما في صندوقي هذا من متاع، فإن كان فيه شيء من متاع فهو له، وإن لم يكن، رجع عليها بما ساق إليها من المهر.

[بَيْعُ اللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ، وعَسَبِ الفَحْلِ]

قال: (**ولا يجوز بيع اللَّبَن في الضَّرْع، ولا بيع عَسْبِ الفَحْل**)[١].

---

(١) مختصر الطحاوي ص٨٤. والضَّرْع: لكل ذات ظِلْفٍ، أو خُفٍّ، كالثَّدْي للمرأة، والجمع ضُرُوع. انظر: مختار الصحاح؛ المصباح (ضرع).
عَسَب الفحل: هو ضِرابه، وقيل: ماؤه، يقال: عسب الفحلُ النَّاقةَ يعسبها عَسْباً: إذا قرعها، والمراد: عبارة عن كراء العَسْب. انظر: المغرب؛ المصباح (عسب).
لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه (نهىٰ عن عسب الفحل)، أخرجه البخاري (٢١٦٤).

الأصل: أنه إذا باع شيئاً وهو في غلافه قبل الإزالة، فإنه لا يجوز، إلا الحنطة في سنبلها، وسائر الحبوب في سنابلها، والذهب في ترابه، والفضة في ترابها، بخلاف جنسه من الثمن، كما لو باع لبناً في الضرع، أو لحماً في الشاة الحية، أو شحمها أو لبنها أو كارعها أو جلودها، أو باع دقيقاً في هذه الحنطة، أو زيتاً في هذا الزيتون، أو دُهْناً في هذا السمسم، أو عصيراً في العنب، أو سَمْناً في اللبن، أو ما أشبه ذلك من الأشياء التي هي في خلقتها من حيث لا يمكن أخذها وقبضها إلا بإفساد الخلقة، فلا يجوز البيع فيما فيها[(١)].

[بَيْعُ شَيْءٍ ظَاهِرٍ مُتَّصِلٍ بِغَيْرِه]

ولو باع شيئاً ظاهراً متصلاً بغيره إن لم يكن في تمييزه مضرة للبائع ولا لغيره، فجاز البيع إلا الصوف على ظهر الغنم؛ فإنه لا يجوز بيعه استحساناً لخبر عبد الله بن عباس أنه نهىٰ عن ذلك لغيره، والقياس: أن يجوز.

وبيانه: إذا باع القوائم على رؤوس الأشجار قبل القطع، أو باع الثمار على رؤوس الأشجار، أو باع بناء الدار دون الأرض، أو باع الأشجار النابتة دون الأرض، أو باع الزرع أو البَقْلَ أو ما أشبه ذلك قبل الجِزَارِ[(٢)]، فالبيع جائز.

وبمثله لو باع جِذْعاً له في سقف، أو آجُرًّا في حائط، أو ذِرَاعاً من كِرْبَاس، أو من ديباج، فلا يجوز بيعه، وإن حصل في ملكه لأجل المضرة له، فإن رضي بالضرر ونزعه وسَلَّمه إلى المشتري نفذ البيع، ويجبر المشتري على الأخذ، إلاَّ إذا [كان] فصله وتميزه بعد الفسخ، فلا يجبر المشتري على الأخذ.

ولو كانت داراً أو أرضاً بين رجلين مشاعاً غير مقسومة، فباع أحدهما قبل

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٩٦، ٩٧.

(٢) والجِزَار كالجِدَاد بالفتح والكسر، إلّا أن الجِدَاذ خاص في النخل، والجزاز فيه وفي الزرع والصوف والشعر. انظر: المغرب (جزّ).

القسمة بيتاً منها بعينه، أو قطعة منها بعينها، فالبيع لا يجوز في نصيبه، ولا في نصيب صاحبه؛ لأن جواز البيع في نصيبه منها مضرة بصاحبه، بخلاف ما إذا باع جميع نصيبه من الدار والأرض، حيث يجوز البيع؛ لأنه لا مضرة لصاحبه فيه؛ لأن المشتري يكون شريكاً له بمنزلة البائع.

ولو كان زرعاً بين رجلين أو ثماراً بينهما في أرض، لهما حق الترك إلى وقت الإدراك فيهما، فباع أحدهما نصيبه قبل الإدراك، لا يجوز بيعه؛ لأن في تسليمه مضرة لصاحبه؛ لأنه يؤمر بالقلع للحال، ولو كان البيع بعد الإدراك جاز؛ لأنه لا مضرة لصاحبه فيه.

وأما عسب الفحل: فهو [إنزاؤه]، ولا يجوز بيعه ولا إجارته أيضاً؛ لأنه استئجار على استهلاك الأعيان، فلا يجوز، كما لو استأجر كَرْماً ليأكل ثمرته.

[خِيَارُ الرُّؤْيَةِ]

قال: (**ومن اشترىٰ شيئاً لم يره، فله فيه خيار الرؤية**)[1].

شراء ما لم يره جائز عندنا، وله في ذلك خيار الرؤية[2]، وقال الشافعي: لا

---

(١) مختصر الطحاوي ص٨٤.

(٢) «والأصل في جواز شراه: ما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (لا تَلَقَّوا الجَلَب، فمن تَلَقَّاه فاشترىٰ شيئاً، فهو بالخيار إذا أتىٰ السوق)، [أخرجه مسلم (١٥١٩)]».

قال الجصاص: «وما معنىٰ لهذا الخيار، إلاّ أنه اشترىٰ الشيء في وعائه، ثم حَمَله إلى السوق، فنظر إليه، فجعل له فيه خيار الرؤية ... .

ويدل أيضاً ما رُوي: (أن عثمان رضي الله عنه باع مالاً له بالكوفة من طلحة بن عبيد الله، فقال طلحة: لي الخيار؛ لأني اشتريتُ ما لم أره، وقال عثمان: ليَ الخيار؛ لأني بعتُ ما لم أره، فحَكَّمَا بينهما جُبير بن مُطْعِم، فقضىٰ بالخيار لطلحة)، فقد اتفق هؤلاء الثلاثة على جواز شراء ما لم يره من غير خلاف من أحدٍ من الصحابة عليهم.

ومن جهة النظر: إن الذي جَهِله المشتري لِمَا لم يره، إنما هو صفات المبيع، وجهالة =

يجوز البيع إلا إذا رآه أو جزءًا منه(١).

ولو رآه قبل الشراء ثم اشتراه فإنه ينظر: إن لم يتغير عن حاله، فليس له فيه خيار الرؤية، وإن تغير عن حاله فليس له فيه خيار الرؤية، وإن تغير عن حاله [واتفقا] على التغير، يثبت له خيار الرؤية.

ولو اختلفا فقال البائع: لم يتغير عن حاله، وقال المشتري: قد تغير، فالقول: قول البائع إنه لم يتغير، ولا يثبت للمشتري خيار الرؤية.

ولو اختلفا في الرؤية فقال البائع: إنه رأى قبل الشراء، وأنكر المشتري، فالقول: قول المشتري/ مع يمينه. [١٤٢-ب]

ولو رأىٰ ثوبين في يد رجل ثم اشترىٰ منه أحدهما بعينه في سَفَط(٢)، أو في كُمٍّ، أو لِفَافة، ثبت له خيار الرؤية، ولو اشتراهما جميعـًا في لفافة فإنه ينظر: إن لم يسم لكل واحد منهما ثمنـًا على حدة، أو سَمَّىٰ إلا أن الصفقتين متفقان، [فإنه] لا يثبت له خيار الرؤية، أو اشتراهما بصفقتين كل واحد منهما بعشرة، فإنه لا يثب له خيار الرؤية.

ولو كان الثمنان مختلفين: كما إذا اشترىٰ أحدهما بعشرة، والآخر بعشرين،

= الصفة لا تمنع صحة العقد، كما لا يمنعه عدمها رأسـًا». شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٩٨، ٩٩.

(١) «فإن كان مما لا يختلف أجزاؤه كالصبرة من الطعام، والجرّة من الدبس، جاز بيعه؛ لأنه برؤية البعض يزول غَرَر الجهالة». المهذب ٣/ ٣٧.

(٢) «السَّفَط: ما يُخَبَّأُ فيه الطِّيب ونحوه، والجمع: أَسْفَاط». المصباح (سفط).

والكُمُّ للقميص، والجمع أكمام «مختار الصحاح» (كم).

واللَّفَافة من لَفَّ الشيء لَفَّه شده للمبالغة. واللفافة: ما يلف على الرِّجْل وغيرها، والجمع اللفائف». مختار الصحاح (لفف).

فله فيهما جميعاً خيار الرؤية؛ لأنه لم يعلم المشترىٰ بعشرة[١] من المشترىٰ بعشرين.

ومن اشترىٰ شيئاً قد رأى بعضه ولم ير بعضه، فإن كان ذلك الشيء مما يجري فيه النموذج كالكَيْلِيِّ والوَزْنِيِّ، فتكون رؤية بعضه كرؤية كله، ولا خيار له إلا إذا وجد البقية بخلاف ما رآه، فحينئذٍ يثبت له خيار العيب دون خيار الرؤية، سواء كان ذلك في وعاء واحدٍ أو في وعاءين بعد أن كان الكل من جنس واحد وعلى صفة واحدة.

وإن كان من أجناس مختلفة، أو على أوصاف مختلفة، فما لم ير كل جنس أو كل نوع، فله خيار الرؤية.

وأما الجوز والبيض الذي هو عددي متقارب، فينبغي أن تكون رؤية بعضه كرؤية كله، غير أن الكرخي ذكر في مختصره: فأثبت له خيار الرؤية إذا رأىٰ الباقي، وجعله كالعددي المتفاوت.

ولو اشترىٰ جماعة من العددي المتفاوت، كما إذا اشترىٰ قطيع غنم، أو جِرَاب[٢] هروي، أو جماعة عبيد أو جواري، أو إبل أو بقر وغير ذلك، فرأىٰ جميعها إلا واحداً [منها]، فلا يبطل خيار الرؤية، وله أن يمسك الكل، أو يرد الكل بخلاف المسألة الأولىٰ؛ لأن هناك برؤية البعض يدرك به صفة البقية، وهاهنا برؤية البعض لا يدرك به صفة البقية، فافترقا.

ولو اشترىٰ جماعة ثياب رأىٰ أطراف الجميع في جراب، أو رأىٰ طي الكل ولم ينشرها، وليس فيها موضع مقصود يقصد إليه بالرؤية، كالعَلَم ونحوه، أو كان ثوباً واحداً فرأىٰ ظاهره ولم ينشره، بطل خيار الرؤية.

---

(١) في م (لغيره من الثمن بعشرين).

(٢) «والجِرَاب: وعاء الزاد، والعامة تفتحه، والجمع: أَجْرِبة، وجُرُبٌ أيضاً».

ولو اشترىٰ داراً قد رأىٰ خارجها، فليس له أن يردّها بخيار الرؤية، وكذلك لو اشترىٰ بستاناً ورأىٰ [من خارجه]، أو رأىٰ أطراف الأشجار، فليس له خيار الرؤية، هكذا ذكر في ظاهر الرواية، وبعض مشايخنا: لم يأخذوا بهذه الرواية، وقالوا: المقصود من الدار داخلها، فكذلك البستان، فلا يبطل خياره برؤية الخارج، كما إذا اشترىٰ ثوباً ذا عَلَمٍ[1] فرأى كله إلا عَلَمَه، فلا يبطل خياره؛ لأن العَلَمَ مقصود يقصد إليه بالرؤية.

ولو اشترىٰ عبداً أو جارية فرأىٰ شخصها، ولم ير وجهها، فله الخيار؛ لأنه مقصود، ولو رأىٰ وجهها ولم ير شخصها، فلا خيار له، وكذلك إذا رأىٰ عَلَمَ الثوب ولم ير غيره، فلا خيار له.

ولو اشترىٰ بَقَرَةً حَلُوْباً، أو نَعْجَةً، أو نَاقَةً حَلُوْباً، فرأىٰ كلها ولم ير ضَرْعَها وكان ذلك في صُرَّة، فله الخيار إذا رأىٰ الضَّرْعَ؛ لأن الضرع من الحلوب مقصود.

ولو اشترىٰ فَرَساً، أو حِمَاراً، أو بَغْلاً، في حبل، فرأىٰ أطراف القوائم منه، فله الخيار إلا إذا رآه مكشوفاً، ولو رأىٰ مقدمه أو مؤخره بطل خياره؛ لأن كل واحد منهما مقصود، ويقصد إليه بالرؤية.

وإذا اشترىٰ شيئاً لم يره [فوكّل وكيلاً] بقبضه، فرؤية الوكيل بالقبض رؤية له في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: لا يكون رؤية الوكيل رؤية له، وأجمعوا: أن رؤية الوكيل بالشراء تكون رؤية له، وأجمعوا: أن [رؤية] الرسول بالقبض، لا يكون رؤية له، ولو جعله رسولاً بالشراء فلا تكون رؤية الرسول رؤية له بالإجماع.

ولو اشترىٰ عيناً لم يرها، فَرَضِيَ بها قبل الرؤية، فَرِضَاه لا يَصِحُّ، وله الخيار إذا رآها.

---

(١) والعَلَمُ بفتحتين: العَلَامة، ومنه: علم الثوب والراية، «وأعلمت الثَّوْب: جعلت له عَلَمًا من طِرازٍ وغيره، وهي العلامة، وجمع العَلَم: أعلام». انظر: مختار الصحاح؛ المصباح (عَلَم).

ولو رَدَّهُ قبل الرؤية يصح رده، والرَّدُّ بخيار الرؤية فسخ[1] قبل القبض أو بعده، / ولا يحتاج إلى رضا البائع ولا إلى قضاء القاضي، ولكنه [لا] يصح الرد إلا [١٤٣-أ] بحضرة البائع في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يصح فسخه بحضرة البائع وبغير حضرته، والرضا به بعد الرؤية صحيح بحضرته وبغير حضرته بالإجماع.

ثم الرضا على ضربين: رضا بالصريح، ورضا بالدليل:

أما الرضا بالصريح: فهو أن يقول بعد الرؤية: رضيت، أو قال: أجزت.

والرضا بالدليل: أن يراه ثم يشتريه، أو يراه ثم يقبضه، أو يتصرف فيه تصرف المُلاَّك، كما ذكرنا في خيار الشرط، فإنه يبطل خياره[2].

[اشْتِرَاطُ المُتَبَايِعَيْنِ بِالخِيَارِ]

ولو باعه على أن المشتري بالخيار، بطل خياره، ولو باعه على أن البائع بالخيار، لا يبطل خياره في هذه الرواية، وفي رواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: يبطل خياره، وتلك الرواية أصح؛ لأن ذلك أكثر من عرضه على البيع.

ولو خرج كله أو بعضه من ملكه، ليس له أن يرد الباقي؛ لأن فيه تفريق الصفقة على البائع، وكذلك إذا انتقص في يده، أو ازداد في يده زيادة تمنع الفسخ على ما ذكرنا في غير هذا الموضع من الزوائد المتصلة أو المنفصلة.

ولو أخرجه البائع في يدي المشتري، بطل خيار الشرط وخيار الرؤية في قول أبي حنيفة ومحمد، وهو قول أبي يوسف الأول، وفي قوله الآخر: لا يبطل، ولو

---

(١) في م (يصح).

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٩٨، ٩٩؛ الهداية ٣/ ٩٥٧؛ فتاوي قاضيخان ٢/ ٧٠، ٧١.

أخرجه[1] أجنبي، أو انتقص بآفة سماوية، يبطل بالإجماع.

[بَيْعٌ وشَرْطٌ وصَفْقَتَيْنِ في صَفْقَةٍ ونَحْوِهما]

قال: (**ومن باع عبده [من رجل] بثمن معلوم على أن يبيعه الآخر عبده بثمن ذكراه، لم يجز البيع**)[2]؛ لأن هذا بيع وشرط، (ونهىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم عن بيع وشرط)[3]، و(نهىٰ عن شرطين في بيع)، و(عن صفقتين في صفقة)، و(عن بيع وسلف)، و(عن ربح ما لم يضمن)، و(عن بيع ما لم يقبض)، و(عن بيع ما ليس عند الإنسان)[4]:

أما بيع وشرط: فهو أن يبيع بيعـاً ويشرط فيه منفعة لأحد العاقدين على ما ذكرنا قبل هذا.

وأما (نهيه عن شرطين في بيع): فهو أن يبيع عبده من رجل بألف درهم إلى سنة، أو بألف وخمسمائة درهم إلى سنتين، ولم يُبَيِّنَا العقدَ على أحدهما.

وأما (نهيه عن صفقتين في صفقة): فهو أن يبيع من رجل حنطة بشرط الطحن، أو بشرط الحمل إلى منزله، أو ثوباً بشرط الخياطة وغير ذلك، فقد جعل المشتري ما أعطىٰ من الثمن بدلاً لشيئين: للعين، والعمل، فما حاذىٰ العين كان بيعـاً، وما حاذىٰ العمل فهو إجارة، فقد جمع صفقتين في صفقة.

---

(١) في أ الكلمة غير واضحة، كأنها (خرجه)، أو (جرحه).

(٢) مختصر الطحاوي ص٨٤.

(٣) أخرجه الطبراني في الأوسط في ضمن رواية طويلة، ٤/ ٣٣٥.

(٤) أخرج النسائي في الكبرىٰ (... نهىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم عن سلف وبيع، وعن شرطين في بيع واحد، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن)، (٦٢٢٧)؛ والبيهقي نحوه في حديث عتاب بن أسيد ... وقال: «تفرد به يحيىٰ بن صالح الأيلي، وهو منكر بهذا الإسناد». السنن الكبرىٰ ٥/ ٣١٣.

وأما (نهيه عن بيع وسَلَفٍ): فهو أن يكون البيع بشرط منفعة القرض، أو منفعة الهِبَةِ، أو الصَّدَقَةِ وما أشبه ذلك، فلا يجوز.

وأما (نهيه عن ربح ما لم يضمن): فهو أن يشتري من رجل عبداً يساوي ألفين بألف درهم، فقطع رجل يده قبل القبض، واختار المشتري العبد واتبع الجاني بنصف الثمن، فإن كانت القيمة من خلاف جنس الثمن يطيب له، وإن كان من جنس الثمن يطيب له من ذلك خمسمائة، ولا يطيب له الفضل عليها؛ لأنه ربح ما لم يضمن.

وكذلك لو اشترىٰ عبداً فوهب له هبة، أو تصدق عليه بصدقة، أو اكتسب كسباً قبل القبض من جنس الثمن أو من خلافه، فقبض العبد مع هذه الزوائد، لا يطيب له الزوائد؛ لأنه ربح ما لم يضمن.

وكذلك لو اشترىٰ أرضاً فيها نخيل بكُرٍّ[١] من تمر وَسَط، ثم أثمرت النخيل قبل القبض ثمراً، فإن الثمن ينقسم على قيمة الأرض والنخيل والثمر الحادث، فيطيب له من الثمر الحادث قدر حصته من الثمن، ولا يطيب له الفضل عليها، ويكون مِلْكاً له في هذه الفصول كلها، وإن كان لا يطيب له.

وأما (نهيه عن بيع ما لم يقبض): في الأشياء المنقولات إذا ورد عليها العقود التي تنفسخ بالهلاك قبل القبض، فلا يجوز بيعها قبل القبض، ويجوز في العقارات على الاختلاف، ويجوز فيما لا ينفسخ العقد فيه بالهلاك: كالمهر، وبدل الخلع، والصلح عن دم العمد/ . [١٤٣-ب]

---

(١) «الكُرُّ: مكيال لأهل العراق، أو ستون قفيزاً، أو أربعون إردباً»، أو سبعمائة وعشرون صاعاً.

وهي تساوي عند الحنفية ٦٤ , ٢٤٢٠ ليتراً = ٢٨٠ , ٢٣٤٨ كيلوغراماً من القمح.

وعند غيرهم: ٥٦ , ١٩٧٨ ليتراً = ٨٤٠ , ١٥٦٣ كيلوغراماً. انظر: المعجم الوسيط؛ ومعجم لغة الفقهاء (كرر).

وأما (نهيه عن بيع ما ليس عند الإنسان)(١): فهو أن يبيع ما ليس في ملكه ثم يملكه بوجه من الوجوه، فإنه لا ينعقد إلا في السَّلَم، فإنه رخص فيه(٢).

[النَّجْشُ فِي الثَّمَنِ]

قال: **(ولا يحل النجش)**؛ لقوله صلىٰ الله عليه وسلم: «**لا تناجشوا**»(٣).

والنجش: هو الزيادة في الثمن لا لرغبة له فيها، ولكن ليحمل الراغب على الزيادة في الثمن، وهذا إذا طلب الراغب فيها من صاحبها بمثل ثمنها، وأما إذا كان الراغب فيها يطلب السلعة من صاحبها بدون ثمنها، فزاد رجل في ثمنها إلى ما تبلغ قيمتها، فلا بأس، وإن لم تكن له رغبة في ذلك.

وكذلك الرجل يريد أن يبيع ماله لحاجته إلى ثمنه، فطلب منه بدون ثمنه، فزاد رجل إلى تمام قيمته لا بأس به، وهذا محمود غير مذموم.

[تَلَقِّي الرُّكْبَانِ، وبَيْعُ الحَاضِرِ للبَادِ]

قال: **(ولا يصلح تلقي السلعة في البلد الذي يضر ذلك بأهله، ولا بأس بذلك في البلد الذي لا يضر [ذلك] بأهله)**(٤).

وصورته: وهو أن واحداً من أهل المصر أخبر بمجيء قافلة بمسيرة عظيمة، وأهل المصر في قحط وجدب، فتلقاهم ذلك الواحد واشترىٰ منهم جميع ما [يتمارون](٥)

---

(١) الحديث رواه «النسائي، وابن حبان، وأحمد، والطبراني، والدارقطني من حديث حكيم بن حزام»، كما قال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٥٥.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٩٩، ١٠٠.

(٣) أخرج البخاري (٢٠٣٣)؛ ومسلم (١٤١٣).

(٤) في مختصر الطحاوي (لا يصح) ص٨٤، ولكن في شرح المختصر (يصلح) ٣/ ١٠٠.

(٥) في الأصل (يتبارون)، والمثبت ما يدل عليه السياق، و«يتمارون من المِيَرة: الطعام يمتاره الإنسان»، مختار الصحاح (مير).

وأدخله المصر، ويبيعه على ما أراد من الثمن، ولو تركهم وأدخلوا ميرتهم بأنفسهم، وباعوها من أهل المصر متفرقًا، توسع أهل المصر بذلك، فإذا كان الأمر على ما وصفنا، فهو مكروه، وإن كان أهل المصر لا يتضررون بذلك، فإنه لا يكره.

وقال بعضهم: صورة ذلك أن يتلقاهم رجل من المصر فيشتري منهم بأرخص من سعر المصر، وهم لا يعلمون سعر المصر، فالشراء جائز في الحكم، ولكنه مكروه؛ لأنه غرّهم، سواء تضرر به أهل المصر أو لم يتضرر به[1].

(وكذلك بيع الحاضر للبادي)[2] في بلد يضر ذلك بأهله، وإن لم يضر ذلك بأهله فلا بأس[3].

وصورته: أن الرجل إذا كان له طعام وعلف، وأهل المصر في قحط منهما، وهو لا يبيعهما من أهل المصر حتى يتوسعوا، ولكنه يبيعهما من أهل البادية بثمن غال وهم يتضررون بذلك، فهذا مكروه، وأما إذا كان أهل المصر في سعة ولا يتضررون بذلك، فلا بأس ببيعهما منهم.

---

(١) «وذلك لأن المعنىٰ في النهي: ما يُدخِل من الضرر على غيره؛ لما روىٰ ابن عمر: أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم قال: (لا تَلقُّوا السلع حتى يهبط بها إلى الأسواق) [البخاري (٢٠٥٧)]». شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٠٠.

(٢) مختصر الطحاوي ص٨٤.

(٣) وذلك لما روَىٰ جابر عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (لا يبيع حاضرٌ لبادٍ، دَعُوا الناس يرزق بعضهم من بعض) [البخاري (٢١٦٠)؛ ومسلم (١٥١٥)]، فقال الجصاص: «فهذا يدل على أن النهي، إنما يتناول الحال التي يضرُّ فيها بأهله، وكما أن النهي عن الاحتكار، إنما هو في الحال التي يضر ذلك بأهل البلد، فإذا لم يضرَّ، فلا بأس». شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٠١.

[بَيْعُ الرَّجُلِ عَلَىٰ بَيْعِ أَخِيْهِ]

قال: (**ولا ينبغي للرجل أن يَسُوْم على سَوْم أخيه إذا جنح البائع إلى بيعه**)[١]، لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا يستام الرجل على سوم أخيه، ولا يخطب على خِطْبة أخيه**»[٢].

وصورته: أن يتراوض الرجلان على السلعة ويتساومان عليها، ويرضىٰ البائع والمشتري بذلك، ولم يعقدا عقد البيع حتى دخل آخر على سومه واشتراه منه، فإنه يجوز ولكنه يكره، وهذا إذا جنح قلب البائع إلى البيع من الأول بما طلب من الثمن، وأما إذا لم يجنح قلبه ولم يرض بذلك، فلا بأس للثاني أن يشتريه؛ لأن هذا بيع من مريد، وروي عن أنس (أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم باع قدحاً وحِلْساً[٣] ببقيع من يزيد)[٤].

وكذلك الرجل إذا خطب امرأةً أو جنح قلبها إليه، يكره لغيره أن يخطبها.

[تَأخِيْرُ أَجَلِ الدَّيْن]

قال: (**ومن كان عليه دَيْنٌ من غير**[٥] **قَرْضٍ فأخَّره إلى أجل، لزم التأخير وصار**

---

(١) مختصر الطحاوي ص٨٤.

(٢) أخرجه البخاري بلفظ (... ولا يبيع الرجل ...) (٢٠٣٣)؛ ومسلم (١٤١٤). وروىٰ البخاري (السوم) في رواية أخرى (٢٥٧٧)؛ ومسلم (١٤١٣).

(٣) «الحِلْسُ: كِسَاء يُجْعل على ظهر البعير تحت رَحله، والجمع أحلاس، والحِلْسُ: بِسَاط يُبْسَط في البيت»، المصباح (حلس).

(٤) أخرجه أحمد في المسند ٣/ ١٠٠؛ والنسائي في الكبرىٰ (٦٠٩٩)؛ والمقدسي في الأحاديث المختارة ٦/ ٢٤٧.

(٥) دَيْنٌ: من داينت فلاناً، أي: عاملته ديناً، إمّا أخذاً وإمّا عطاءً. ويستعمل الفقهاء كلمة الدين بمعنيين: المعنىٰ الأعم، يريدون به: مطلق «الحق اللازم في الذمة»، والمعنىٰ الأخص أي: في الأموال، قال الحنفية: هو عبارة عن «ما يثبت في الذمة من مال في معاوضةٍ، وإتلاف، أو قرض». =

كأنه في أصله[١]، **وإن كان من قرض لم يجز ذلك، وكان حالاً**[٢]، وإنما لم يجز التأجيل في القرض؛ لأن القرض اصطناع المعروف، ألا ترىٰ أنه لا يصح ممن لا يملك اصطناع المعروف: كالعبد، والصبي، وفي جواز التأجيل خير من اصطناع المعروف، فلا يجبر عليه؛ لأن القرض لا يسلك فيه مسلك المبادلة، فإنه لو سلك فيه مسلك المبادلة تكون تملك الشيء بجنسه نسيئة، وهذا لا يجوز، فجعل في الحكم كأن المستقرض يرد عَيْن ما قبض، وإن كان في الحقيقة يرد بدله، والأجل في العواري باطل، وقد يجوز الأجل في القرض بحال: وهو أن يوصي -الرجل بأن يقرض من ماله بعد موته فلان ألف درهم إلى سنة، وهو يخرج من ثُلُثِهِ، فإنه تنفذ وصيته ويقرض من ماله كما أمر، وليس للورثة أن يطالبوه قبل السَّنَةِ.

[التَّأْجِيْلُ في البيَاعَاتِ والدُّيُونِ وغَيْرِها]

وأما التأجيل في ثمن البياعات وغيرها من الديون يجوز.

[١٤٤-أ] والتأجيل لا يخلو: إما أن يؤجله/ إلى أجل معلوم بالأيام، أو بالشهور، أو بالأعوام، أو يؤخره إلى أجل مجهول، والجهالة على ضربين: جهالة متقاربة: كالحصاد، والدراس، والجَزَاز، والنيروز، والمهرجان، والميلاد، وما أشبه ذلك.

أما الجهالة المتفاوتة: كما إذا أجّله إلى أن تهب الرياح، أو إلى أن تمطر السماء، أو إلى قدوم رجل من سفره.

= ولدىٰ الجمهور: هو أنه كل (ما يثبت في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته».

والقرض في اللغة: القطع، «كأنه يقطع له من ماله قطعة، ليقطع له من أثوابه إقطاعاً مضاعفة»، كما في التوقيف.

وشرعاً: «هو دفع المال لمن ينتفع به، على أن يَرُدّ بدله». انظر: التوقيف على مهمات التعاريف؛ معجم المصطلحات المالية، ص ٢٠٨، ٣٦٠.

(١) «لأنه بمنزلة الزيادة في العقد أو الحط، وذلك يلحق العقد». شرح المختصر ٣/ ١٠٢.

(٢) المصدر السابق نفسه.

أما إذا كان الأجل معلوماً، صَحَّ التأجيل إذا قَبِلَ المطلوب للأجل، وإن لم يقبل بطل الأجل، والمال حالٌّ.

ولو أَخَّرَه إلى أجلٍ مجهول جهالة متقاربة، صَحّ التأجيل أيضاً، بخلاف أصل البيع، فإن البيع إلى هذه الآجال فاسد، والمال حال.

قال: ولا بأس لِلْوَصِيِّ أن يتَّجِر بمال اليتيم، ولا ضمان عليه إذا أصيب في ذلك.

[ثُبُوتُ الوِلَايَةِ عَلَى الصَّغِيرِ]

الجملة في هذا أن يقول: بأن ثبوت الولاية على الصغير، والصغير لا يخرج عن أحد أمرين: إما في المناكحة، وإما في المصالح.

أما ولاية الإنكاح فموضعها في كتاب النكاح، وأما ولاية المصالح فإلى الأب إن كان حَيّاً، وإن كان ميتاً فإلى وَصِيِّهِ، ثم إلى وَصِيِّ وَصِيِّهِ، فإن مات الأب ولم يُوْصِ إلى أحد، أو مات وَصِيُّهُ ولم يُوْصِ إلى أحد، فالولاية إلى الجد أب الأب، فإن مات الجدُّ فإلى وَصِيِّه، ثم إلى وصي وصيه، فإن لم يكن فالقاضي ومَنْ نَصَبَه القاضي.

[وِلَايَةُ التِّجَارَةِ فِي مَالِ الصَّغِيْرِ]

[ولهؤلاء] كلهم ولاية التجارة بالمعروف في مال الصَّبِيِّ والصَّبِيَّةِ(١)، ولهم

---

(١) وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَٰمَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٠]، قال الجصاص: «فاللفظان جميعاً قد دلاً على جواز التصرف في مال اليتيم؛ لأن قوله تعالىٰ: ﴿ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾: إباحة للتصرف في مالهم إذا كان صلاحاً له.

وكذلك قوله عز وجل: ﴿خَيْرٌ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ﴾.

ويدل عليه أيضاً قوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢]». شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٠٣.

ولاية التجارة في النفس والمال جميعاً، في المنقول والعقار جمعياً، فإن كان بيعهم وإجارتهم بمثل القيمة، أو بأكثر، أو بأقل قدر ما يتغابن الناس في مثله جاز، وإن كان بأقل قدر ما لا يتغابن الناس في مثله، فلا يجوز، ولا يتوقف إلى الإجازة بعد الإدراك؛ لأنه عقد لا مجيز له حالة العقد.

وكذلك شراؤهم واستئجارهم إن كان على المعروف، جاز عن الصغير والصغيرة، وإن كان بأكثر قدر مالا يتغابن الناس فيه، نفذ عليهم، ولا يجوز عليهم.

وإذا أدرك الصغير أو الصغيرة في مدة الإجارة قبل انقضائها، فإنه ينظر: إن كانت الإجارة على أنفسهما، فلهما خيار إبطال الإجارة والمُضِيِّ عليها، وإن كانت الإجارة على أملاكهما، فليس لهما خيار الإبطال، وليس لهما فسخ البيع والشراء الذي نفذ عليهما في حالة الصِّغَر.

[التَّصَرُّفُ فِي مَالِ الصَّبِيِّ]

وللأب والوَصِيِّ أن يسافر بمال الصبي الصغير والصغيرة، وله أن يدفع ماله مضاربة إلى غيره، وله أن يدفع ماله بضاعة، وله أن يوكِّل بالبيع والشراء، وله أن يكاتب عبده ويُزَوِّجَ أمته، وليس له تزويج عبده، وله أن يعير ماله استحساناً، والقياس: أن لا يجوز، وله أن يُوَكِّل بالاستئجار والإجارة، وله أن يودع ماله، وله أن يأذن للصغير في التجارة إذا كان يعقل البيع والشراء، وله أن يَرْهَن ماله بدَيْنٍ للصغير، وبدين نفسه أيضاً، فإن هلك يضمن مقدار ما صار مُؤَدِّيًا من ذلك دين نفسه، وله أن يجعل ماله مضاربة عند نفسه، وينبغي له أن يُشْهِدَ على ذلك في الابتداء، ولو لم يُشْهِدْ يَحِلُّ له الربح فيما بينه وبين الله عز وجل، ولكن القاضي لا يصدقه.

وكذلك إذا شارك ورأس ماله أقل من مال الصغير، فإن أشهد يكون الربح على ما شرط، وإن لم يشهد يحل فيما بينه وبين الله تعالىٰ، ولكن القاضي لا يصدقه، ويجعل الربح على قدر رأس مالهما، فكذلك هذا كله في الوصي.

[مَا يَجُوْزُ للأَبِ والوَصِيِّ فِي مَالِ الصَّغِيرِ، ومَا لاَ يَجُوْزُ]

وليس لِلأَبِ والوَصِيِّ إعتاق عبد الصغير، على مال ولا على غير مال، وليس له أن يقرض ماله، بخلاف القاضي، فإن القاضي له أن يقرض من مال اليتيم ومال الوقف، وليس له أن يهب ماله بعوض، كما لا يجوز بغير عوض في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي قول محمد: يجوز بعوض مثله، وجعله كالبيع، وليس له أن يهب ماله بغير[1] عوض بالاتفاق، وليس له أن يتصدق، وكذلك هذا الذي ذكرنا كله في الجد حال عدم/ الأب أو وصيه، وكذلك الوصي الجد، وكذلك الوصي الذي نصبه القاضي. [١٤٤-ب]

وقد تقع المفارقة بين الأب ووصيه، وبين الجد ووصيه: وهو أن الأب والجد إذا اشترىٰ مال اليتيم من نفسه، أو باع ماله من اليتيم بمثل قيمته أو بأَقَلَّ جاز ذلك، والوصي لو فعل هكذا، لا يجوز في قول محمد على كل حال، وفي قول أبي حنيفة وأبي يوسف: إن كان خيراً لليتيم جاز، وإلا فلا [يجوز].

والأب والجد بعد وفاة الأب، لهما ولاية الاقتصاص لأجل الصغير والصغيرة في النفس وفيما دونها، ولهما ولاية الصلح في النفس وفيما دونها على قدر الدية من غير حَطٍّ، وليس لهما أن يعفو.

وأما الوصي فيما دون النفس له ولاية الاقتصاص، وفي ولاية الصلح كالأب سواء، وفي النفس ليس له ولاية الاقتصاص، وفي الصلح روايتان: في رواية يجوز، وفي رواية لا يجوز، هذا الذي ذكرنا في وصي الأب والجد والقاضي.

[مَا يَجُوْزُ لِوَصِيِّ الأُمِّ والعَمِّ والمُكَاتَبِ]

فأما وصي الأم، والأخ، والعم: لهم أن يبيعوا المنقول وغيره لقضاء دين الميت،

---

(١) في م (ماله بعوض).

والباقي صار ميراثـًا للصغير، ثم ينظر: إن كان للصغير أب حاضر، أو وَصِيُّهُ أو وَصِيُّ وَصِيِّهِ، أو الجَدُّ، فليس لوصي الأم ولاية التصرف فيما تركته الأم، وإن لم يكن واحد ممن ذكرنا، فله ولاية الحفظ وبيع المنقول من الحفظ، فله أن يبيع المنقول وليس له أن يبيع العقار، وليس له ولاية الشراء على سبيل التجارة، إلاَّ شِرَاءَ ما لا بُدَّ للصغير منه: من نفقة، أو كسوة، وما استفادوا من المال من غير ميراث أمهم، فليس لوصي الأم فيه ولاية التصرف منقولاً كان أو غير منقول.

ووَصِيُّ المُكَاتَبِ يبيع المنقول وغير المنقول لقضاء ديونه، ولقضاء دين الكتابة، وما فضل من المال يكون ميراثـًا لورثته، وحكم وصيه كوصي الأم في رواية الزيادات، وفي رواية القسمة جعله كوصي الأب، حتى أنه أجاز قسمته في العقارات، والقسمة كالبيع، ولو أدىٰ كتابته في حال حياته وعتق، كان وصيه كوصي الحر.

[أَضْعَفُ الوَصِيِّيْنِ في أقْوَىٰ الحَالَيْنِ]

والأصل في هذه المسائل أن تقول: أضعف الوَصِيَّيْنِ في أقوَىٰ الحالَيْن، كأقوىٰ الوَصِيَّيْنِ في أضْعَفِ الحَالَيْن.

وأضعف الوصيين: وَصِيُّ الأم، والعم، والأخ، وأقوىٰ الحالين: حال صِغَرِ الوَرَثة، وأقوىٰ الوَصِيِّيْنِ: وهي الأب، والجد والقاضي، وأضعف الحالين: حال كِبَرِ الوَرَثِةِ، [ثم وصي الأم في حال صغر الورثة، كوصي الأب في حال كبر الورثة] إذا [كانوا غيبًا، له] أن يبيع المنقول ولا يبيع العقار، وكذلك وصي الأم في حال صغرهم.

[إِقْرَار العَبْدِ بالدَّيْن]

قال: وإذا أَقَرَّ العبد بدَين فكَذَّبه مولاه، فإن كان العبد مأذونـًا له في التجارة، لزمه بيع ما في يده من التجارات فيه، فإنْ قَصَرَ ثمنه عن ذلك، بِيْعَ العبد فيه، فإن

قصر ثمنه عن ذلك، كانت البقية عليه إذا أعتق يوماً من الدهر، وإن كان محجوراً عليه، لم يلزمه شيء من ذلك حتى يعتق.

الأصل في هذا: أن العبد المأذون مؤاخذ بأفعاله وأقواله جميعاً، والعبد المحجور مؤاخذ بأفعاله غير مؤاخذ بأقواله، والعبد المأذون [له في التجارة]، والمحجور في الإقرار بالحدود كالحر[1].

فإذا عرفنا هذا فنقول: العبد المأذون له في التجارة صغيراً كان أو كبيراً، بعد أن يكون الصغير ممن يعقل البيع والشراء إذا أَقَرَّ على نفسه بدين لرجل، فإنه يؤاخذ به وإن كَذَّبه مولاه، وكذلك إذا أقر بعين في يده من كسبه، صَحَّ إقراره، ولو أقر برقبته لإنسان، لا يَصِحُّ إقراره وإن كان مأذوناً، فكذلك إذا أَقَرَّ بالجناية في بني آدم في نفس أو فيما دونها مما لو ثبت عليه بالبينة، يوجب الحكم فيها الدَّفْع أو الفداء، فإنه لا يجوز إذا كذبه مولاه، ولو أقر بقتل يوجب القصاص عليه: وهو أن يقر بقتل عمدٍ وهو/ بالغ عاقل، صَحَّ إقراره [ويقتص] منه وإن كان محجوراً عليه. [١٤٥-أ]

وكذلك لو أَقَرَّ على نفسه بما يوجب عليه العقوبة، نحو: أن يقر بشرب الخمر، أو بالزنا، أو بالسرقة، ولا يجوز إقرار مولاه عليه بذلك، ولو أقر المولىٰ برقبته لإنسان وليس عليه دين، صَحَّ إقراره، سواء كان مأذوناً له في التجارة أو محجوراً عليه صغيراً كان أو كبيراً، وإن كان عليه دين لا يصح إقراره في حق الغرماء.

وكذلك لو أقر عليه بجناية يوجب الحكم فيها الدفع أو الفداء، وكذلك لو أقر عليه بدين صَحّ إن لم يكن عليه دين، وإن كان عليه دين لا يصح في حق الغرماء، فكذلك لو أقر بعين من كسبه.

ولو كان العبد محجوراً فأقر على نفسه بدين وكَذَّبَهُ مولاه، فإنه ينظر: إن كان بالغاً عاقلاً يؤاخذ به بعد العتاق، وإن كان معتوهاً أو صغيراً لا يؤاخذ [به،

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٠٣، ١٠٤.

وكذلك لو أقرَّ بجناية يوجب الحكم فيها الدفع أو الفداء، لا يؤاخذ به][1] في الحال ولا بعد العتاق، صغيراً كان أو كبيراً مأذوناً كان أو محجوراً [عليه].

العبد المأذون إذا أَقَرَّ على نفسه بدين ثم بدين ثم بدين، والإقرار موصولة أو مفصولة، فالمقر لهم في كسبه وفي رقبته [أسوة الغرماء]، ولا يكون المقدم أولىٰ من المؤخر، ويتبعونه ببقية ديونهم بعد العتاق، ولو أن المولىٰ أَقَرَّ عليه بدين قدر قيمته، ثم بدين، وليس على العبد دين، فإنه ينظر: إن كان الإقراران موصولين تَحَاصَّا[2]، وإن كانا مفصولين تقدم أولهما، ثم يقضي الثاني، إلاّ إذا صَدَّق العبد مولاه في الثاني تحاصا، وصار كأن العبد أقرَّ به حيث صدقه فيه.

ولو أقر المولىٰ عليه ثم أقر العبد على نفسه تَحَاصَّا، ولو أقر العبد أولاً ثم أقر المولىٰ عليه، فإنه ينظر: إن كان إقرار العبد يستغرق كسبه ورقبته، فإقرار المولىٰ عليه لا يَصِحُّ؛ لأنه مشغول، وإن كان لا يستغرق، يصح إقرار المولىٰ عليه في قدر الفارغ منه دون الزيادة.

والعبد المحجور لا يَصِحُّ إقراره، ويصح إقرار المولىٰ إذا كان فارغاً من الدين، يعني: إذا لم يكن عليه دين لحقه بالفعل ،ولو لحقه دين بالفعل كان أولىٰ.

[بَيْعُ الكِلاَبِ المُنْتَفَعِ بِهَا ومَا شَابَهَهَا مِنَ السِّبَاع]

قال: (وبيع الكلاب التي ينتفع بها، والفهود والصقور[3] [والهِرِّ][4]

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ، والزيادة من م.

(٢) تَحَاصَّا، من حاصَّه مُحَاصَّةً، وحِصَاصًا: قاسمه، فأخذ كل واحد منهما حصته، ومنه: تحاصّ الغرماء، أي: اقتسموا المال بينهم حِصَصًا. انظر: معجم الوسيط؛ معجم لغة الفقهاء (حصّ).

(٣) في م زيادة (والقرد والهر)، والزيادة من المختصر ص٨٤.

(٤) «وأما بيع الهِرِّ، فقد روىٰ ابن عباس وأبو هريرة، عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم إباحة بيعه، وقد روي نهي، إلا أن الفقهاء استعملوا خبر الإباحة، دون خبر الحظر، فهو أولىٰ»، =

جائز[١]، ومَنْ قتل شيئًا من ذلك غرم قيمته لمالكه)[٢].

بيع كل ذي ناب من السِّباع، وكل ذي مِخْلَب من الطير جائز، مُعَلَّمَة كانت أو غير مُعَلَّمَة إلا الخنزير. وروي عن أبي يوسف أنه قال: لا يجوز بيع الكلب العَقُوْر[٣]، وروي عنه: أنه كره بيع القِرْدِ، ومحمد: لم ير ببيع الكل بأسًا إلا الخنزير؛ ولأن الناس ينتفعون به ويتمولونه، [ومالية] الشيء بالانتفاع والتمول، وبيع الحية والعقرب وجميع هَوَامِّ الأرض كالوَزَغَة، والضَّبّ، والسُّلَحْفَاةِ، والقُنْفُذِ، وكل ما لا ينتفع به ولا بجلده لا يجوز، وبيع لحوم الحيوان الذي لا يؤكل لحمه بعد الذبح والتذكية لا يجوز، هكذا روي عن أبي حنيفة: أنه لا ينتفع به، وبيع جلده جائز.

ولو مات حتف أنفه لا يجوز بيع لحمه، سواء كان مما يؤكل لحمه أو مما لا يؤكل لحمه، وبيع جلده جائز بعد الدِّبَاغَة، وأما شعره، وعَقِبه، وعَصَبُه، وقَرْنُه، وعَظْمُه، وحَافِرُه فلا بأس ببيعه، وهذه الأشياء كلها طاهرة من الميتة، وينتفع بها

= كما قال الجصاص في الشرح ٣/ ١٠٨، ولكني لم أجد أحداً خرّج (حديث الإباحة)، إلا أنه يستدل على إباحة بيعه بالحديث الصحيح بقوله: (دخلت امرأة النار من جرّاء هرة لها ربطتها، فلا هي أطعمتها، ولا هي أرسلتها ...) [البخاري (٣١٤٠)؛ ومسلم (٢٦١٩)]، وذلك بقوله: (هرة لها)، يدل على الملك؛ لأن الأصل في اللام: الملك كما ذكر الشرَّاح: عمدة القارئ ١٥/ ١٩٨؛ فتح الباري ٦/ ٣٨٥، كما ذهب الجمهور إلى جواز ثمن الهر، وذكر ذلك النووي في المجموع ٩/ ٢٢٩.

(١) وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: ٤]، «ولفظ الإحلال يقتضي: إباحة سائر وجوه المنافع، والبيع أحدها، فوجب جوازه لعموم اللفظ»، وقد روي: أن الآية نزلت في إباحة منافع الكلاب. شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٠٤.

(٢) مختصر الطحاوي ص٨٤. وقال صدر الشريعة: «صَحَّ بيع الكلب، والفهد، والسِّبَاع، عُلِّمَتْ أو لا».

(٣) العَقُور من عَقَر، والجمع عُقُر: الذي يعقر من الحيوان، والكلب العقور: الكلب المستوحش الجارح، وقال الأزهري: «هو كل سَبُع يعقر: من الأسد والفهد والنَّمِر والذِّئب». المصباح (عقر).

ويتمول بها إلا في الخنزير والآدمي، فإنه لا يجوز بيع شيء من هذه الأشياء [منه]، ولا يجوز بيع النَّحْل؛ لأنه بمنزلة الزُّنْبُور إلا ذا باعه مع كوراته وفيها عسل، فحينئذٍ يجوز البيع، ويدخل النحل في البيع تبعاً.

وكذلك بيع دُوْدِ القَزّ(١) لا يجوز إلاّ إذا كان معه [قَزٌّ]، فيجوز البيع فيه [تبعًا]، وروي عن محمد: أنه أجاز بيع النحل بانفراده، وأجاز بيع دود القز وبيضه، وكان يُضَمِّن من قتل دود القز أو كسر بيضه، وأجاز فيه السَّلَم [في حينه]، وكلما يجوز بيعه يكون موروثـاً عنه، ويجب الضمان على مُتْلِفِه.

[أُجْرَةُ وَزَّانِ الثَّمَنِ وكَيَّالِ المَبِيْعِ]

[١٤٥-ب] قال:/ (**وأجر وَزَّان الثمن على المشتري، وأجر كَيَّالة المبيع وَوَزَّانه، وعادِّه وذَرَّاعه على البائع**)(٢)، وإنما كان كذلك؛ لأن تسليم الثمن إلى البائع على المشتري، فمؤنة ذلك عليه، وتسليم المبيع على البائع، فمؤنة ذلك عليه(٣).

وأما أجرة الناقد(٤) قيل: بأنها على البائع؛ لأن منفعة ذلك تؤول إليه، وقال أكثر المشايخ: بأن أجرة الناقد على المشتري؛ لأن عليه تسليم الجياد، إلاّ أن يقول: دراهمي جياد، ثم في كل موضع يصح تسليمه بالتخلية بعد صحة التسليم إلى المشتري، يكون نقله على المشتري، ولو شرط ذلك على البائع، بطل البيع، وبعد هذا إلى مسألة الأخرس، مكرر(٥).

---

(١) «القَزُّ: الحرير على الحال التي يكون عليها عندما يستخرج من الصُّلَّجة، ودود القز: دود الحرير». المعجم الوسيط (قزّ).

(٢) مختصر الطحاوي ص٨٤.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١١٠.

(٤) «الناقد من نَقَد الشيء نقداً: نقده ليختبره، أو ليميز جيِّده من رديئه، ونقد الدراهم والدنانير وغيرهما نقداً، وتنقاداً: ميّز جيدها من رديئها». المعجم الوسيط (نقد).

(٥) وهناك مسألتان أسقطهما الشارح لتكررهما: (مسألة بيع ما لم يقبض، وبيع المكيلات قبل =

[بَيْعُ الأَخْرَسِ وعُقُوْدُه بِالإِشَارَةِ]

قال: (**وبيع الأخرس وابتياعه وعقوده على نفسه بالإشارة المفهومة منه جائزة كلها، وهو في إشارته كالمتكلم في كلامه، وهذا إذا [كان] وُلِدَ أخرس.**

وأما إذا طَرَأَ عليه الخَرْسُ[(١)]، فإنه ليس كذلك، إلاّ إذا دام به حتى يَئِسَ من كلامه، وصارت له إشارة مفهومة، فيصير بذلك كالأخرس الأصلي)[(٢)].

لأن الإشارة تقوم مقام العبارة، ويجب عليه القصاص في النفس وفيما دونها، ويثبت له القصاص على الغير فيهما جميعاً، ولا يكون الخرس شبهة في سقوط القصاص له وعليه؛ لأن الإشارة المفهومة منه بدل المنطق والكلام، ويجوز أن يستوفي القصاص بالبدل، ألا ترىٰ أن من له القصاص كان لورثته استيفاء القصاص إذا مات، ولا يجب على قاذفه الحد؛ لأنه لا يجوز أن يستوفي حد القذف بالبدل، ألا ترىٰ أن المقذوف إذا مات ليس لورثته أن يستوفوا الحد من القاذف، ولا يكون الحد موروثاً عنه، وكذلك إذا قذف الأخرس بالإشارة، فلا يجب عليه الحد، ولا يلاعن إذا قذف زوجته بالإشارة، والأخرس إذا زنىٰ بفصيحة لا يجب عليهما الحد، وكذلك لو أن فصيحاً زنىٰ بخرساء لا يجب عليهما الحد.

ولو طلق الأخرسُ امرأتَه بالإشارة المفهومة وقع الطلاق، ولو طلق امرأته بالكتاب، أو عقد عقداً من العقود بالكتاب، فهو في حكم الكتاب والفصيح سواء.

ثم حكم الكتاب على ثلاثة أوجه:

في وجه: يلزمه ولا يصدق أنه لم يرد به اللزوم، نحو: أن يكتب كتاباً كما

= كيلها)، ونبّه على ذلك.

(١) وقال الجصاص أيضاً: «ولأنه يُفهم بها ما يُفهم بالكلام، فقامت مقامه؛ إذ لا يتوصل إلى مراده من غير هذا الوجه، فليست بدون الكتابة»، ٣/ ١١٣.

(٢) مختصر الطحاوي ص٨٥.

يكتب الرسائل ويعنون، فإذا ثبت منه ذلك الكتاب: إما بالإقرار، أو بالبينة، أو بنكوله فيما يجب عليه اليمين فيه، لزمه ولا يُصَدَّق أنه لم يُرِدْ به الوجوب؛ لأن مثل هذا الكتاب إنما يكتب للوجوب واللزوم.

وفي وجه: إن نوىٰ به الوقوع يقع، وإن قال: لم أنو، فالقول: قوله نحو: أن يكتب على البياض أو على ما تبين عليه الخط، لا على رسم الرسائل.

وفي وجه: وإن نوىٰ لا يقع، ولا يلزمه شيء، نحو: أن يكتب على الهواء، أو على الماء، أو على صخرة صَمَّاء لا يتبين عليها الخط والكتابة؛ لأنه لو وقع، وقع بمجرد النية، وبمجرد النية لا يقع.

[حَبْسُ المَبِيْعِ لِاسْتِيْفَاءِ ثَمَنِهِ]

قال: **(وللبائع حبس ما باع ما بقي له من [المبتاع][(١)]، أو على مَن أحاله[(٢)] عليه شيء من الثمن حالاً، وإن كان مؤجَّلاً، ليس له ذلك)**[(٣)].

الثمن لا يخلو: إما أن يكون عَيْناً أو دَيْناً، والدين لا يخلو: إما أن يكون حالاً، أو مُؤَجَّلاً:

أما إذا كان الثمن عيناً مما يتعين للعقد: فإنهما يؤمران بالتسليم معاً.

وإن كان الثمن ديناً، فإنه ينظر: إن كان مؤجلًا فليس له حبسه لاستيفاء الثمن.

فلو أن البائع منعه حتى مضىٰ الأجل، هل يلزمه أجل مستقبل أم لا؟ ينظر: إن باعه إلى سَنَةٍ مطلقة، فمنعه البائع حتى مضت السنة، فله أجل سنة مستقبلة في قول أبي حنيفة رضي الله تعالىٰ عنه، وفي قولهما: ليس له ذلك، والمال حَالٌّ.

---

(١) في المخطوطة (المتاع)، والمثبت من المختصر المطبوع ص٨٥.

(٢) في المختصر (أو على حَوِيلٍ إن أحال ...) ص ٨٥.

(٣) في المختصر (وإن كان آجلاً لم يكن له ذلك) ص٨٥.

وإن باعه إلى شهر رمضان: فمنعه حتى مضىٰ رمضان، فالمال حَالٌّ في قولهم جميعاً.

فأما إذا كان الثمن حالًّا فله أن يحبسه لاستيفاء الثمن.

ولو أن المشتري امتنع عن أداء الثمن حتى يسلم إليه المبيع،/ ليس له ذلك، ولكن يؤمر البائع بإحضار المبيع وتعيينه، فإذا عَيَّنه يؤمر المشتري بتسليم الثمن حتى يقبض المبيع؛ لأن حق المشتري قد تعين [في المبيع] بالتعيين، والثمن دين في ذمته لا يتعين إلا بالقبض. [١٤٦-أ]

وسواء كان هذا في المصر الذي فيه المبيع أو كان في مصر آخر، ويلحقه المؤنة بإحضاره، فإن المشتري لا يؤمر بتسليم الثمن حتى يحضر المبيع في الأحوال كلها(١).

[حَبْسُ الرَّهْنِ لِاسْتِيْفَاءِ الدَّيْن]

فكذلك هذا الحكم في الرهن: للمرتهن أن يحبس الرهن حتى يستوفي جميع دينه، فلو أن الراهن امتنع عن قضاء الدين حتى يحضر رهنه، فإنه ينظر: إن كان الراهن في ذلك المصر من حيث لا يلحق المرتهن مؤنة في الإحضار، يؤمر بإحضاره أوّلا، حتى لا يؤدي إلى استيفاء الدين مرتين، فإن كان الرهن في موضع آخر من حيث تلحقه المؤنة في الإحضار، فإنه لا يؤمر بالإحضار، بخلاف المبيع، ويؤمر الراهن بتسليم الدين إليه.

فإن أَقَرَّ بقيام الرهن، وإن ادَّعَىٰ الهلاك، فالقول: قول المرتهن في قيامه، فإذا حلف [يجب أن] يؤمر بقضاء الدين(٢).

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١١٤.

(٢) راجع: مختصر الطحاوي ص٩٣.

ووجه الفرق بين هذا وبين المبيع: وهو أن الدَّيْن ليس ببدل عن الرهن، والرهن [ليس ببدل عنه]؛ ولكنه أمانة في يد المرتهن بمنزلة الوديعة، فلا يؤمر بإحضاره إذا كان تلحقه المؤنة، فأما في باب البيع؛ الثمن بدل المبيع، فلا يؤمر بتسليم البدل إلا بإحضار مبدله.

[إِحَالَةُ البَائِعِ بِالثَّمَنِ عَلَىٰ آخَر]

ولو أن المشتري أحال البائع بالثمن على آخر، فقَبِلَ المُحْتَال عليه الحِوالة، برئ المشتري بالحِوَالة من الثمن؛ ولكن للبائع أن يحبسه حتى يقبض الثمن من المُحْتَال عليه؛ لأنه لم ينقطع مطالبته بالثمن.

وبمثله لو أن البائع هو الذي أحال غرماء له على المشتري بما عليه مقيداً، لم يكن له حق حبس المبيع؛ لأن مطالبته قد انقطعت حيث أحال بالثمن مقيداً.

وكذلك هذا الحكم في الرهن: وهو أن المرتهن إذا أحال غرمائه له بدينه الذي على الراهن حوالة مقيدة، بطل حقه في حبس الرهن؛ لأن مطالبته قد انقطعت، ولو أن الراهن أحال المرتهن بدينه على رجل، برئ الراهن، ولكن لا يبطل حق المرتهن في الحبس؛ لأن مُطالبته لم تنقطع كما في باب البيع هذا، في رواية أخرىٰ: بطل حقّه بالحبس من الراهن برئ من الدين[1].

[حَبْسُ المَبِيْعِ لَو بَاعَهُ بِثَمَنٍ حَالٍّ]

ولو باعه بثمن حَالٍّ، ثم إن البائع أَخَّر عن المشتري بعد البيع، ليس له حق حبس المبيع؛ لأن مطالبته قد انقطعت إلى وقت حلول الأجل، ولو لم يُسَلِّمْ المبيعَ حتى حَلَّ الأجل، فليس له أن يحبسه أيضاً؛ لأن حقه قد بطل في الحبس، فلا يعود.

---

(١) انظر: مختصر الطاوي ص١٠٢، ١٠٣.

ولو استوفىٰ الثمنَ البائعُ ثم وجدها زيوفـًا، أو نبهرجة، أو سُتُوقـًا، أو مستحقة كلها أو بعضها؛ إن لم يسلم إليه المبيع، فإنه يحبسه في الفصول كلها، وإن قبضه المشتري ينظر: إن قبضه بغير أمر البائع، كان له أن يسترده في الفصول كلها، وكذلك لو تصرف المشتري فيه، فللبائع أن يفسخ تصرفه ويسترده، إلاّ إذا تصرف تصرفـًا لا يلحقه الفسخ: كالعتق، والتدبير، والاستيلاد، فلا يفسخ، ويطالبه بالثمن.

[نَقْدُ الْمُشْتَرِي الثَّمَنَ قَبْلَ الفَسْخِ]

ولو نقد المشتري الثمنَ قبل أن يفسخ التصرف الذي يحتمل الفسخ، فلا يفسخ؛ لانقطاع حق البائع، ولو قبض السِّلْعَةَ بإذن البائع فإنه ينظر: إن وجدها زيوفـًا، أو نبهرجة فَرَدَّهَا، فليس له أن يستردها، ولو وجدها سَتُوْقـًا أو رصاصـًا، أو استحقت عليه وأخذت منه، فله أن يستردها.

ولو تصرف المشتري فيه لا ينفسخ تصرفه، سواء كان تصرفـًا يلحقه الفسخ أو لا يلحقه الفسخ؛ لأنه حصل بتسليط البائع، بخلاف الفصل الأول.

[حَبْسُ الرَّهْنِ إِنْ وَجَدَ فِي الدَّيْنِ زُيُوْفـًا]

وأما في باب الرهن إذا قبض فكاكه[1] ثم وجد بعض ما ذكرنا، إن لم يسلم الرهن إليه، فله أن يحبسه كما في البيع، وإن قبضه الراهن ينظر: إن قبضه بغير إذن المرتهن: كان له أن يسترده ويحبسه بالدين، ويفسخ تصرفه إن كان مما يلحقه الفسخ،/ وإن كان مما لا يلحقه الفسخ، لا يفسخ ويسترد قيمته. [١٤٦-ب]

وإن قبضه بإذن المرتهن: كان له أن يسترده أيضـًا في الفصول كلها، إِلاَّ إذا

---

(١) في م (دينه).

تصرف فيه، فلا يفسخ تصرفه، ولكن يسترد منه قيمته[١].

فوقع الفرق بينهما: البيع، والرهن في موضعين: أحدهما: أن في البيع إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع، ثم أن البائع وجد الثمن زيوفاً أو نبهرجة فَرَدَّها، فإنه لا يسترده، وفي الرهن يَسْتَرِدُّه.

والفرق بينهما: أن قبض المشتري في باب البيع حصل بإذن البائع بعدما استوفىٰ حقه، فبطل حقه في الحبس، كما إذا أعاره [من غير استيفاء الثمن، ليس له أن يسترده في باب الرهن، وإن حصل القبض بإذن المرتهن، فإنه لا يبطل حقه، كما إذا أعاره من غير استيفاء حقّه][٢]، كان له أن يَسْتَرِدَّهُ.

والثاني: أن في البيع إذا قبض المشتري المبيع بغير إذن البائع بعد إيفاء الثمن، وتصرف فيه تصرفاً لا يلحقه الفسخ، ليس له أن يُضَمِّنَهُ القِيْمَةَ، ولكن يأخذ الثمن، وكذلك إذا قبض بإذنه واستهلكه يضمن الثمن لا القيمة، وفي باب الرهن يضمن القيمة.

ووجه الفرق بينهما: أن في باب البيع ضمان الثمن يتأكد باستهلاك المبيع، فلا يجوز أن يجمع عليه ضمانان، وفي باب الرهن لا يتأكد الضمان باستهلاك الرهن؛ لأن الدين تأكد قبل ذلك، فله أن يضمنه القيمة.

[التفريق بين ذوي رَحِم مَحْرَم في البيع]

قال: (**ولا ينبغي لأحد أن يفرق بين ذوي رَحِم مَحْرَم فيهم الصغير**)[٣]، إذا اجتمع في مِلك مالكٍ واحد اثنان من ذي الرَحِم المَحْرَم، وأحدهما صغير والآخر كبير، أوكلاهما صغيران، يكره له التفريق بينهما، وله أن يبيعهما جميعاً أو يمسكهما جميعاً، وإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما.

---

(١) راجع كتاب الرهن: مختصر الطحاوي ص٩٢، ٩٣.

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ، والزيادة من م.

(٣) مختصر الطحاوي ص٨٥.

ولو كان بينهما رَحِم دون المَحْرَمِيَّة، أو محرمية دون الرحم، أو رَحم من جهة الرضاع أو غيره لا من جهة القرابة، فلا بأس بالتفريق بينهما.

وكذلك إذا كانت بينهما زوجية، فلا بأس بالتفريق بينهما، والبيع جائز في الحكم في قول أبي حنيفة رضي الله عنه ومحمد رحمه الله، وفي قول أبي يوسف: لا يجوز البيع في الوالدين والمولودين خاصة، ويجوز في غيرهما، وفي رواية أخرىٰ: لا يجوز البيع في الكل، وهو وقول زفر والحسن بن زياد(١).

وأصل هذا ما روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسله (أنه وهب لعلي رضي الله عنه غلامين أخوين صغيرين، ثم سأله عنهما فقال: بعت أحدهما، فقال له رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «**بعهما أو رد**»(٢) نهىٰ عن التفريق.

[التَّفْرِيْق فِي العَبْدَيْنِ لِمِعْنًى فِيْهِمَا]

فإذا كان التفريق لمعنىٰ فيهما يجوز نحو: أن يجني أحدهما جناية في بني آدم، فلا بأس بأن يدفع المولىٰ الجاني منهما ويمسك الآخر، وإن حصل فيه التفريق، فكذلك إذا استهلك أحدهما مالاً لإنسان، فإنه يباع فيه وإن حصل فيه التفريق، وكذلك لو اشتراهما رجل وقبضهما، ثم وجد بأحدهما عيباً، كان له أن يَرُدَّ المعيب خاصة.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: له أن يردهما أو يمسكهما، وليس له أن يرد المعيب خاصة كمِصْرَاعَي باب، أو زَوْجِ خُفٍّ، أو نَعْل، ولا بأس بأن يكاتب أحدهما أو يعتقه على مال أو على غير مال؛ لأنه لا تفريق فيه، لأن المكاتب

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١١٤.

(٢) أورده ابن حجر في الدراية وقال: «أخرجه الترمذي، وابن ماجه، والحاكم، والدارقطني، وأحمد، والبزار، من وجوه مختلفة» ٢/ ١٥٣؛ وأخرجه الحاكم في المستدرك، وصححه، ووافقه الذهبي، ٢/ ١٢٥؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٩/ ١٢٧.

والمعتق صار أحق بنفسه، فيدور حيثما دار صاحبه.

وإذا صار أحدهما إلى حال لا يمكن المولىٰ بيعه، فلا بأس بأن يبيع الذي هو محل البيع وإن حصل فيه التفريق؛ لأنا لو منعناه عن ذلك لَحِقَهُ الضرر؛ لأنه لا يمكنه بيعهما، وقال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «**لا ضرر ولا ضرار في الإسلام**»(١)، نحو أن يدبر أحدهما أو يستولد.

وإن كان أحدهما في ملكه والآخر في ملك ولده الصغير، وهو يملك بيعهما جميعاً، فلا بأس بأن يبيع أحدهما؛ لأنهما لم يجتمعا في ملك مالك واحد، وكذلك إذا كان له ولدان صغيران فدخل أحدهما في ملك أحدهما والآخر في ملك الآخر، فلا بأس بأن يبيع أحدهما، وإن كان يملك بيعهما جميعاً؛ لأنهما كانا متفرقين في ملكِ مالِكَين، فلا يحصل التفريق، وكذلك إذا كان أحدهما في ملكه والآخر في ملك مكاتبه/ أو عبده [١٤٧-أ]
وعليه دين، فلا بأس بأن يبيع الذي [عليه الدين]؛ لأنهما يجتمعان في ملكٍ واحدٍ، إلاّ إذا كان العبد لا دين عليه؛ فحينئذٍ يجتمعان في ملك واحد، فيكره التفريق.

وإذا دخل أحدهما في ملك مضاربه والآخر في ملكه، فلا باس بالتفريق؛ لأن المضارب له حق قوي في مال المضاربة، ورب المال بمنزلة الأجنبي.

ولو أنه ملكه من كل واحد منهما شقصاً ولم يملكهما على الكمال، فلا بأس بأن يبيع نصيبه (في أحدهما دون نصيبه من الآخر)(٢)؛ لأنه متفرقين، فالتفريق لا يحصل ببيعه.

وإذا [كان] للرجل جارية كبيرة أو غلام كبير، فباعه على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فقبل أن يوجب البيع فيهما، دخل ولدهما الصغير في ملكه، فإنه يكره إيجاب البيع

---

(١) «رواه الطبراني في الأوسط، وفيه ابن إسحاق، وهو ثقة ولكنه مدلس»، كما قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤/ ١١٠.

(٢) في م (من الآخر) فقط.

فيما باعه؛ لأنهما اجتمعا في ملكه، ويفسخ البيع حتى لا يحصل التفريق، ولو كان الخيار للمشتري والمسألة بحالها، فلا يؤمر[١] المشتري أن يفسخ البيع أو يجيز؛ لأنهما لم يجتمعا في ملك واحد.

ولو كان الخيار للمشتري ولها ابن عند المشتري إن أجاز لا يكره، ولا يشكل، وإن فسخ فكذلك، أما على قول أبي حنيفة فلا يشكل؛ لأنه لم يملك، وفي الفسخ امتناع عن التمليك، وأما على قولهما فكذلك؛ لأن الفسخ من حقه، فلو أجبرناه على الإجازة ألحقنا به الضرر.

ولو اجتمعا في ملك مُسْلِمٍ وهو حُرٌّ أو مكاتب، أو عبد عليه دين، أو لا دين عليه، صغيراً كان أو كبيراً، وهما صغيران أو أحدهما صغير والآخر كبير، وهما مسلمان أو كافران أو أحدهما مسلم والآخر كافر، يكره التفريق إلا إذا كان المالك كافراً فلا يكره بالتفريق؛ لأن [ما] فيه من الكفر أعظم، والكفار غير مخاطبين بالشرائع[٢].

---

(١) في م (فلا بأس للمشتري).

(٢) اتفق الأصوليون: على أن الكفار مأمورون بالإيمان، فهم مكلفون به؛ لأنهم أهل لأدائه، فكانوا أهلاً لوجوبه عليهم، كما أن الكفار مكلفون بالمعاملات الشرعية، والعقوبات: من الحدود، والقصاص؛ لأنهم أهل لأدائها، قال البزدوي: «لا خلاف أن الخطاب بالشرائع التي هي الطاعات، يتناول الكفار في حكم المؤاخذة في الآخرة، على معنىً: أنهم يؤاخذون بترك الاعتقاد؛ لأن موجب الأمر اعتقاداً للزوم والأداء، وأنهم ينكرون اللزوم اعتقاداً، وذلك كفر منهم بمنزلة إنكار التوحيد، فإن التصديق والإقرار بالتوحيد، لا يكون مع إنكار شيء من الشرائع، فيعاقب عليه في الآخرة، كما يعاقب على أصل الكفر.

فأما وجوب الأداء في أحكام الدنيا، فمذهب العراقيين من أصحابنا: أن الخطاب يتناول، وأن الأداء واجب عليهم، وهو مذهب الشافعي وعامة أصحاب الحديث، وقال عامة مشايخ ديارنا [ما وراء النهر]-: أنهم لا يخاطبون بأداء ما يحتمل السقوط من العبادات، وإليه مال القاضي أبو زيد، والشيخان، وهو المختار». كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي ٤/ ٢٤٣ (دار الكتاب العربي). انظر: تسهيل الوصول إلى علم الأصول للمحلاوي ١/ ١٣٥ - ١٣٧ (المكتبة المكيَّة).

ولو أن حربياً دخل دار الإسلام بأمان، ومعه عبدان صغيران أو أحدهما صغير والآخر كبير، وهما ذو رَحِم مَحْرم، أو اشتراهما في دار الإسلام من صاحبه الذي دخل معه، فأراد أن يبيع أحدهما ويفرق بينهما، فلا بأس للمسلم أن يشتريه؛ لأنه لو لم يشتره فأدخلهما دار الحرب، فيكون ردأً لهم على المسلمين.

وبمثله لو كان اشتراهما من مسلم في دار الإسلام، أو من ذِمِّيٍّ أو من حَرْبِيٍّ دخل بأمان من ولاية أخرىٰ، لا من ولايته، فيكون للمسلم شراء أحدهما منه؛ لأن السلطان أو القاضي يجبره على بيعهما، ولا يتركه يلحق بهما بدار الحرب.

وكما يكره التفريق في البيع يكره التفريق في القسمة في الميراث والغنائم، ولو اجتمع في ملك واحد صغير وكبيران، وكل واحد منهما يعني: الكبيرين ذو رَحِم مَحْرَم من الصغير، فإنه ينظر: إن كانت قرابة أحدهما إلى الصغير أقرب من قرابة الآخر، نحو: أن يكون أحدهما أباً والآخر جَدًّا، أو أحدهما أُمًّا والأخرىٰ جَدَّةٌ، أو أحدهما أخ لأب وأم والآخر أخ لأب أو لأم، وما أشبه ذلك، فلا بأس بأن يبيع الأبعد منهما ويترك الصغير مع أقربهما، أو يبيع الصغير مع أقربهما، وسواء كانت قرابة الكبيرين إليه من جانب واحد أو من جانبين، يعني: من جانب الأب كلاهما أو من جانب الأم كلاهما، أو أحدهما من جانب الأب والآخر من جانب الأم، بعد أن كانت قرابة أحدهما إلى الصغير أقرب من قرابة الآخر.

فأما إذا كانت قرابة الكبيرين إلى الصغير سواء فإنه ينظر: إن كانت قرابتهما من جانب واحد نحو أن يكون كلاهما أخاً لأب وأم، أو أخاً لأب أو لأم، أو عَمَّاه، أو خالاً، أو ما أشبه ذلك، فالقياس: أن لا يبيع واحداً منهما ولا يفرق بينه وبين الصغير؛ لأن حق كل واحدٍ منهما سواء، وفي الاستحسان: لا بأس بأن يبيع أحد الكبيرين ويترك الصغير مع أحدهما، وكذلك لو اجتمع في ملك مالك واحد ست أخوات أو ستة أخوة: ثلاثة منهم كبار وثلاثة صغار، فلا بأس بأن يبيع كل صغيرين مع [كل] كبير.

وليس هذا كصغير له أبوان فادَّعياه جميعـًا، ثبت نسبه منهما [جمعيًا]، ثم اجتمعوا جمعيًا/ في ملك واحد، فليس له أن يفرق بينهم؛ لأن الأب أحدهما في الحقيقة، فإذا باع أحدهما لعله باع الأب وترك الصغير مع الأجنبي، وأما هاهنا قرابة كل واحد من الكبيرين متحققة بيقين. [١٤٧-ب]

ولو كانت قرابة الكبيرين إلى الصغير من جانبين، وقرابتهما إليه سواء، نحو أن يكون له أب وأم، أو أخ لأب وأم، أو له خال وعَمّ، وما أشبه ذلك، فالذي يدلي بقرابة الأم قام مقام الأم، والذي يدلي بقرابة الأب قام مقام الأب، وإذا كان للصغير أب وأم فاجتمعوا في ملك واحد، ليس له أن يفرق بين الصغير وبين أحدهما، فكذلك هذا.

وإذا سبيت المرأة وفي حجرها ولد صغير تزعم أنها ولدته، يكره التفريق بينهما، وإن كان النسب لا يثبت بدعوتها؛ لأن الخبر في كراهية التفريق من رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم إنما ورد في السَّبَايَا، ولا يظهر ذلك إلا بقولهن.

فإذا أصاب المالك الأم، ثم كبرت البنت التي تزعم أنها ابنتها، فلا ينبغي له أن يقرب البنت، وإن كان النسب غير ثابت احتياطـًا في باب الفروج.

ولو فعل لا يمنع من جهة الحكم، ولو لم يكن وقت السبي الصغير أو الصغيرة في حجرها، فلا بأس بالتفريق والجمع في الوطء.

ولو أن رجلاً من السبايا ادّعىٰ صغيراً أو صغيرة أنه ولده، قُبِل قوله ويثبت نسبه منه، سواء كان قَبْلَ الإحراز بدار الإسلام أو بعده، بعد أن يكون قبل القسمة أو قبل البيع، وقبل الدخول في ملك خاص؛ لأن دعوة الرجل البُنُوَّةَ صحيحة، فيكره التفريق بينهما، سواء كان الولد وقت السبي في يده أو لم يكن، وكذلك لو ادعت المرأة أن الولد منها من هذا الرجل وهو زوجها وصَدَّقَها الرجل، يثبت منهما الزوجية ويثبت نسب الولد منهما، ويكره التفريق بين الصغير وبين واحد منهما.

ولو ادَّعىٰ واحد من الغُزَاةِ والغَانِمِين وهو مسلم ولداً صغيراً أنه ولده، قبل القسمة أو البيع، صَحَّتْ دعوته ويكون ابنه، وإن كانت معه علامة الإسلام يكون مسلماً ولا يسترق، ويثبت نسبه من المُدَّعِيْ وهو مسلم، ودعوته استندت إلى وقت العلوق في حق النسب، ولكن لا يصدق في إبطال حق الغانمين، ولا يستند في حقهم، وقد يجوز مثل هذا.

ألا ترىٰ أن مكاتباً له أخ حر لأب وأم، ولهما جميعاً عَمٌّ لأب وأم حر، وللمكاتب ابن ولد له في كتابته، فمات المكاتب عن وفاء، فقبل إن يؤدي كتابته مات أخ المكاتب الحر، وليس له وارث سوىٰ العم الحر وسوىٰ ابن المكاتب، ثم أديت كتابة المكاتب بعد موت الآخر، وحكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته، وحكم بحرية ولده في ذلك الوقت في حقه، ويكون باقي ماله ميراثاً لابنه هذا، ويكون ميراث الأخ الحر لعمه دون ابن أخيه؛ لأن ابن أخيه كان مكاتباً وقت موته، وإنما استندت حريته في حق ميراث ابنه، ولا يستند في حق ميراث عمه، فكذلك في مسألتنا هذه[1].

[والله سبحانه وتعالىٰ أعلم].

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١١٤، ١١٥؛ الهداية ٣/ ٩٩٢.

بَابُ أَحْكَامِ البُيُوْعِ الفَاسِدَةِ

قال أبو جعفر رحمه الله تعالىٰ: (ومن اشترىٰ شيئًا شراءً فاسداً، فلم يقبضه بأمر بائعه، لم يخرج عن مِلْكه[1]، وإن قبضه بأمر بائعه خرج عن ملكه إلى ملك مبتاعه [منه]).

[أَوْجُهُ البَيْعِ]

البيع على أربعة أوجه: بيع جائز، وبيع فاسد، وبيع باطل، وبيع موقوف على الإجازة:

أما البيع الجائز: فإنه يوقع المِلْك بمجرد العقد، إذا كان خاليًا عن شرط الخيار.

والبيع الفاسد: لا يوقع الملك بمجرد العقد، مالم يتصل به قبض بإذن البائع: والإذن بالقبض على نوعين: صريح، ودليل:

فالصريح: هو أن يأمره بقبضه، فيقبضه المشتري بحضرة البائع أو بغير حضرته.

[١٤٨-أ] وأما الدليل: فهو أن يقبضه المشتري عقب العقد/ بحضرة البائع، ولم ينهه عن القبض، فيملكه أيضًا، ويصير كأنه قبضه بأمره استحسانًا بمنزلة الهبة، إذا قبضها الموهوب له بحضرة الواهب، ولم ينهه عن القبض، يملكها الموهوب له، ولو قبضه بغير حضرته، لم يملكه إذا لم يوجد من البائع صريح الأمر بالقبض.

---

(١) في المختصر (من مالك بائعه) ص ٨٥.

[المَقْبُوْضُ بِالبَيْعِ الفَاسِدِ]

والمقبوض بالبيع الفاسد بأمر بائعه، مملوك مضمون عليه بالقيمة، أو بالمثل عندنا، وعند الشافعي: غير مملوك[١]، والبيع عنده على ضربين: بيع جائز، وبيع باطل.

وقال بعض مشايخنا من أهل العراق: إنه مملوك التصرف غير مملوك العين.

وهذا غير صحيح؛ لأن محمداً نصَّ في كتاب الشهادات فقال: إذا ادعىٰ رجل عليه فهو خصم فيه؛ لأنه يملك رقبته، ويدل عليه أيضاً شواهد الأصول: وهو أن المشتري إذا أعتق ثبت الولاء منه دون البائع، ولو لم يكن مالكاً للرقبة لما ثبت الولاء منه[٢].

[بَيْعُ المُشْتَرِي المَبِيْعَ]

ولو باعه المشتري، فالثمن له، وعليه القيمة لبائعه، ولو كان تصرفه بتسليط البائع كان يرتفع عنه الضمان، والثمن للبائع، ولو كان المشترىٰ داراً فبيعت داراً بجنبها، تثبت الشفعة للمشتري دون البائع، ولو كان عبداً فأعتقه البائع لا ينفذ عتقه فيه، وإن فسخ البيع بعد ذلك ورَدَّ عليه العبد.

وأما من قال من أصحابنا: إنه يملك التصرف دون العين: أنه لو كان مأكولاً لا يحل له أكله، ولو كانت جارية لا يحل له وطئها وإن استبرأها، ولو كانت داراً لا تجب فيها الشفعة للشفيع، إلا أنا نقول: إن حرمة الأكل والوطء ليسا من الملك في شيء، ألا ترىٰ أن ربح ما لم يضمن لا يحل له، وكذلك من اشترىٰ جارية وهي أخته من الرضاع، أو بينهما حرمة من جهة المصاهرة، فإنه يملكها، ومع ذلك لا يحل له الاستمتاع بها.

---

(١) انظر: المهذب ٣/ ٥٣؛ المجموع ٩/ ٤١٣.
(٢) انظر: البدائع ٧/ ٣٢٣٦.

وإنما لا تجب الشفعة للشفيع؛ لأنه لم ينقطع حق البائع عنها، والشفعة إنما تجب بانقطاع حق البائع، ألا ترىٰ أن مَنْ أَقَرَّ ببيع داره تجب الشفعة فيها، وإن كان المشتري جاحداً لذلك، ثمّ المبيع إذا كان قائماً في يدي المشتري، ولم يزد ولم ينقص، فإنه يرد على البائع ويفسخ البيع فيه، إلا أن الفساد إذا كان قوياً دخل في صلبه وهو بالبدل والمبدل، فكل واحد منهما يملك فسخه بحضرة صاحبه عندهما، وعند أبي يوسف: بحضرة صاحبه وبغير حضرته، وإذا لم يكن الفساد قوياً دخل في صلبه، وإنما الفساد بشرط منفعة لأحد العاقدين، فكل واحد منهما يملك فسخه قبل القبض، وأما بعد القبض فللذي له الشرط: أن يفسخه بحضرة صاحبه، وليس للآخر الفسخ(١).

[ازْدِيَادُ المَبِيْعِ فِي يَدَي المُشْتَرِي]

ولو ازداد المبيع في يدي المشتري، فالزيادة لا تخلو: إما أن تكون متصلة، أو منفصلة، وكل واحد منهما على ضربين: إما أن تكون متولدة من الأصل، أو غير متولدة منه:

أما إذا كانت الزيادة متصلة متولدة من الأصل: كالكبر، والحسن والجمال، فإنها لا تمنع الرد والفسخ كالغصب.

وإن كانت الزيادة [متصلة] غير متولدة من الأصل، كما إذا كان المبيع ثوباً فصبغه بصِبْغَةٍ يزيد، أو كان سَوِيقاً فَلَتَّهُ بِسَمْن أو بعَسَلٍ، انقطع حق البائع وتَقَرَّرَ عليه ضمان القيمة أو المثل، وكذلك لو كان ثوباً فقطعه وخاطه، أو [كان] قُطْناً فغزله، أو غزلاً فنسجه، أو كانت جارية فعلقت منه.

ولو كان المبيع داراً فبنىٰ فيها، أو أرضاً فغرس فيها أشجاراً، انقطع حق البائع

---

(١) انظر: الهداية ٣/ ٩٨٦.

منها، وعليه قيمتها وقت القبض في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: لا ينقطع حق البائع عنها.

ولو كانت الزيادة منفصلة متولدة من الأصل: كالولد، والعقر، والأرش، فإنها لا تمنع الفسخ؛ ولو كانت الولادة قد نقصت الجارية انجبر نقصانها الواقع فيها بالولد عندنا، وقال زفر: لا ينجبر كالغصب، ولو هلكت هذه الزوائد في يدي المشتري، فلا ضمان عليه / كزوائد الغصب، ويغرم نقصان الولادة؛ لأنه فات ما [١٤٨-ب] ينجبر به، ولو استهلك المشتري هذه الزوائد يضمن بالاستهلاك، ولو هلك المبيع والزيادة قائمة، فللبائع أن يستردها وقيمة المبيع وقت القبض.

ولو كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من الأصل: كالهبة، والصدقة، والكسب، فللبائع أن يسترد المبيع مع هذه الزوائد، ولا يطيب له، ويَتَصَدَّقُ بها، وإن هلكت الزوائد في يدي المشتري، فلا ضمان عليه، وإن استهلكها، فلا ضمان عليه أيضاً في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: يغرم؛ لأن أبا حنيفة قال في المغصوب: إذا حدثت به زيادة من هذه الزوائد واستهلكها الغاصب، فلا ضمان عليه، وقالا: يضمن، كذا هاهنا.

ولو هلك المبيع والزوائد قائمة في يد المشتري، [تقرر][١] عليه ضمان المبيع، والزوائد للمشتري بتقرر ضمان القيمة، بخلاف المتولدة منه، كما يفترقان في الغصب، هذا كله حكم الزيادة[٢].

[انْتِقَاصُ المَبِيْعِ فِي يَدَي المُشْتَرِي]

وأما إذا انتقص المبيع في يد المشتري؛ إن كان النقصان بآفة سماوية، فللبائع أن يأخذ المبيع مع أرش النقصان؛ لأن المبيع صار مضموناً على المشتري بالقبض، والأوصاف تضمن بالقبض وإن كانت لا تضمن بالعقود، فكذلك إذا كان النقصان

---

(١) في أ (نقده)، والمثبت من م.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١١٨؛ فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ٥٢، ٥٣.

بفعل المشتري أو بفعل البائع، فإن كان النقصان بفعل الأجنبي، فالبائع بالخيار في الأرش: إن شاء أخذه من المشتري، والمشتري يرجع على [الجاني، وإن شاء اتبع الجاني، وهو لا يرجع على المشتري كما في الغصب.

ولو قتله الأجنبي، فللبائع أن يضمن المشتري قيمته، ولا سبيل له على القاتل، والمشتري يرجع على][1] عاقلة القاتل بالقيمة في ثلاث سنين، بخلاف الغصب، فإنه إذا قتله قاتل في يد الغاصب فصاحبه بالخيار: إن شاء ضَمَّن الغاصب وهو يرجع على عاقلة القاتل بقيمته في ثلاث سنين، وإن شاء ضمن عاقلة القاتل، وهم لا يرجعون على الغاصب.

والفرق بينهما: وهو أن المشتري مَلَكَ المبيعَ وَتَقَرَّرَ مِلْكُه فيه، وبفوات الرد في الغصب لم يملك الغاصب، فلو ملكه، ملكه بتضمين المغصوب منه؛ فلذلك يثبت له الخيار.

ولو كان النقصان بفعل البائع صار مسترداً، حتى أنه لو هلك في يد المشتري ولم يوجد منه حبس [عن البائع، هلك على البائع، وإن وجد حبس] ثم هلك، فإنه ينظر: إن هلك من سراية جناية البائع صار مسترداً أيضـاً، ولا ضمان على المشتري، وإن هلك لا من سراية جناية البائع، فعليه ضمانه، ويطرح حصة النقصان بالجناية.

ولو سقط في بئر حفره البائع، أو قتله البائع، صار مسترداً وبطل عنه الضمان، ولو تصرف فيه المشتري: ببيع، أو بهبة، أو صدقة، أو أخرجه من ملكه بوجه من الوجوه: صَحَّ تصرفه فيه إذا كان تصرفه بعدما قبضه بإذن البائع، وليس للبائع إبطاله، وعلى المشتري القيمة أو المثل إن كان مثليـاً، ويطيب ذلك للمالك الثاني؛ لأنه ملكه بعقد صحيح، بخلاف المشتري الأول أنه لا يحل له ولا يطيب؛ لأنه

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

ملكه بعقد فاسد، وهذا بخلاف ما إذا دخل دار الحرب بأمان وأخذ مال الحربي بغير طيبة نفسه، وأخرجه إلى دار الإسلام ملكه، ولكنه لا يطيب، ويفتىٰ بالرد، ولا يقضىٰ به(١).

[بَيْعُ المُشْتَرِي المَبِيْعَ أو رَهْنُهُ]

ولو باعه صَحَّ بيعه، ولا يطيب أيضاً للمشتري الثاني، كما لا يطيب للأول، خلاف البيع الفاسد، ولو كان المبيع عبداً فأعتقه المشتري أو دَبَّرَهُ صح عتقه وتدبيره، وكذلك لو كانت جارية فاستولدها، صارت أم ولد له ويضمن القيمة ولا يغرم العُقْر في رواية كتاب البيوع، وإحدىٰ الروايتين في كتاب الشرب، وفي رواية أخرىٰ: يرد معها العُقْر.

واتفقت الروايات: أنه إذا وطئها المشتري ولو تعلق منه، أنه يرد الجارية مع العُقْر.

ولو كاتبه صَحّت الكتابة، وليس للبائع إبطالها، ولكنه إن أدّىٰ الكتابة عُتِقَ، وتَقَرَّرَ على المشتري ضمان القيمة، وإن عجز رَدَّ رقيقاً، فإنه ينظر: إن كان العجز قبل أن يقضي بالقيمة على المشتري يرد العبد على البائع،/ وإن كان العجز بعدما [١٤٩-أ]
قضىٰ على المشتري بالقيمة، فلا سبيل للبائع على المبيع.

وكذلك لو كان المشتري رَهَن المبيعَ صَحَّ الرهن، وليس للبائع إبطاله، فلو فكه المشتري، [ينظر]: إن فَكَّه [المشتري] قبل أن يقضىٰ عليه بالقيمة، فإنه يرد على البائع، وإن فكه بعدما قضي عليه بالقيمة، فلا سبيل له على المبيع.

وإن أَجَّرَه المشتري، صَحَّت الإجارة، غير أن للبائع أن يبطل الإجارة ويسترد المبيع؛ لأن الإجارة مما تنفسخ بالعذر، وفساد البيع صار عذراً في فسخ الإجارة.

---

(١) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ٥٣، ٥٤.

والأصل في البيع الفاسد: أن كلما يملك بالبيع الجائز، يملك بالبيع الفاسد إذا اتصل به القبض بإذن البائع، وكلما لا يملك بالبيع الجائز لا يملك بالبيع الفاسد(١).

بيان هذا: وهو أن من اشترىٰ عبداً بخمر أو خنزير، وتقابضا وهما مسلمان، ملك المشتري العبد إذا قبضه بإذن بائعه، ولا يملك مشتري الخمر والخنزير إياهما، فكذلك لو اشترىٰ من رجل عبداً مُدَبَّراً بمُدَبَّر، وبمكاتب، أو بأم ولد، وتقابضا، ملك المشتري العبد إذا قبضه بإذن البائع، ولا يملك مشتري المدبر والمكاتب إياهما ولا أم الولد [وإنْ قبضهم بإذن البائع].

وكذلك لو اشترىٰ من رجل عبداً بمال الغير بغير إذن صاحبه، وتقابضا، ملك مشتري العبد العبدَ، ولا يملك الآخر ما قبض حتى يجيز مالكه البيع فيه، وكذلك لو اشترىٰ من رجل عبداً بشرب، أو بماء غير مقروع من نهر أو حوض، أو اشتراه بكلإٍ غير محصود، فهو على ما ذكرنا(٢).

[المشتري يرد المبيع على البائع في الشراء الفاسد]

ولو أن المشتري رَدَّ المبيع في الشراء الفاسد على بائعه، انفسخ العقد على أي وجه ردّه: ببيع، أو بهبة، أو بصدقة، أو عارية، أو وديعة؛ لأن الرد يستحق عليه، فعلىٰ أي وجه ردَّه كان عن المستحق عليه، كرَدِّ العواري، والودائع.

وكذلك لو باعه من وكيل البائع بالشراء وسَلَّمَهُ إليه، برئ من ضمانه، ولو باعه من عبد البائع وهو مأذون له في التجارة وليس عليه دين، لا يجوز بيعه، ولكن البيع الفاسد ينفسخ بينهما، ولا يبرأ من ضمانه حتى يصل [المبيع] إلى البائع، وإن كان العبد المأذون عليه دين صَحّ البيع منه وتقرر عليه الضمان للبائع.

---

(١) انظر: البدائع ٧/ ٣٢٣٨.

(٢) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ٥١، ٥٢.

ولو اشترىٰ من العبد المأذون شراءً فاسداً وقبضه بإذنه، ثم باعه من سيده فإنه ينظر: إن كان العبد لا دين عليه لا يجوز البيع الثاني، ولكن ينفسخ البيع الأول، وبرئ أيضـًا من الضمان بالرد على السيد، وإن كان العبد عليه دين، جاز البيع الثاني وتقرر عليه الضمان للبائع، ولو باعه من مضارب البائع، صَحَّ البيع وتقرر عليه الضمان، ولا ينفسخ البيع الأول.

ولو كان البائع وكيلاً لغيره [بالشراء]، فاشترىٰ من المشتري لموكله، صَحَّ البيع الثاني وثبت عليه الثمن للمشتري، وتقرر له على المشتري ضمان القيمة، ويلتقيان قصاصـًا، إلا إذا كان في أحدهما فصل ترادا، هذا كله حكم البيع الفاسد.

[البيع الباطل والموقوف]

وأما البيع الباطل: فهو أن يشتري مالاً بمَيْتَةٍ، أو بدَمٍ، أو بخنزير، ثم قبض ما اشترىٰ بإذن البائع، فإنه لا يملكه ولا يجوز تصرفه فيه.

واختلف المشايخ في المقبوض: أنه مضمون، أو أمانة، قال بعضهم: يكون أمانة؛ لأنه قبضه بإذن صاحبه بعقد لا [عبرة] له، فصار أمانة عنده، وقال بعضهم: يكون مضمونـًا عليه؛ لأن هذا لا يكون أدون حالاً من المقبوض بسوم العقد، والمقبوض بسوم العقد مضمون، ولا يقع به الملك للقابض.

وأما البيع الموقوف: فهو أن يبيع ملك الغير بغير إذن مالكه، فلا يقع الملك للمشتري وإن قبض بإذن البائع إلاّ بإجازة مالكه. والله تعالىٰ أعلم[1].

(١) انظر بالتفصيل: فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ٢٠، ٥٦.

باب السَّلَم(١)

قال أبو جعفر رحمه الله تعالىٰ: (ولا يجوز السَّلَم ولا آجال البياعات إلى الحصاد، [ولا إلى الجِداد]، ولا إلى الدياس، ولا إلى صوم النصارىٰ ولا إلى فطرهم(٢)/ قبل دخولهم في صومهم)(٣). [١٤٩-ب]

الآجال على ضربين: معلوم، ومجهول:

فالمجهول منها على ضربين: جهالة متفاوتة، وجهالة متقاربة.

أما المعلوم: كأوقات الصلوات، والأيام، والشهور، والأعوام.

وأما المجهول جهالة متقاربة: كالحصاد، والدياس، والنيروز، والمهرجان، وقدوم الحاج وخروجهم، والجِدَاد، والجِزَار، والقطاف، والميلاد، وصوم النصارىٰ وفطرهم قبل الدخول في صومهم، فإن كانوا دخلوا في صومهم صار فطرهم معلوماً، وما أشبه ذلك من الآجال التي تقدمت وتأخرت، متقاربة غير متفاوتة.

---

(١) «السَّلَمُ لغة: السلف، وشرعاً: أخذ عاجل بآجل»، أنيس الفقهاء ص٢١٨، «وركنه: ركن البيع، ويسمىٰ صاحب الثمن: رب السلم، والآخر: المسلم إليه، والمبيع: المسلم فيه»، اللباب ص ٢٨٠.

والسلم عقد مشروع بالكتاب، وهو آية المداينة، وروىٰ ابن عباس عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (من أَسْلَمَ فَلْيُسْلِمْ في كَيْلٍ معلوم، ووزنٍ معلومٍ، إلى أجل معلوم) [البخاري (٢٢٣٩)؛ ومسلم (١٦٠٤)]، وروي بلفظ: (أسلف).

(٢) في المختصر (فطر اليهود) ص ٨٦.

(٣) مختصر الطحاوي ص ٨٦.

وأما المتفاوت: كهبوب الريح، وقدوم رجل من سفره، وإلى أن تمطر السماء، وإلى المَيْسَرَةِ، وما أشبه ذلك من الآجال التي يُتَوَهَّمُ وجودها وعدمها.

[بَيْعُ العَيْنِ بِدَيْنٍ لأَجَلٍ مَعْلُومٍ أَو مَجْهُولٍ]

ثم بيع العين بثمن دين إلى أجل معلوم جائز، وإلى أجل مجهول لا يجوز، سواء كانت الجهالة متقاربة أو متفاوتة، ولو كان الثمن عيناً ضرب فيه الآجال، سواء كان الأجل معلوماً أو مجهولاً، فسد البيع فيه؛ لأن الأجل في العين باطل، وكذلك إذا ضرب الأجل لتسليم المبيع، بطل البيع أيضاً.

ولو باعه بثمن دين إلى أجل مجهول جهالة متقاربة، ثم أبطل المشتري الأجل قبل محله، وقبل أن يفسخ العقد بينهما لأجل الفساد، انقلب العقد إلى الجواز عندنا، وعند زفر: لا ينقلب، ولو مضت المدة قبل إبطال الأجل تأكد الفساد، ولا ينقلب إلى الجواز (بعد ذلك بالإجماع.

ولو كان الأجل مجهولاً جهالة متفاوتة، إن أبطل المشتري الأجل قبل التفرق ونقد الثمن، انقلب إلى الجواز)[1] عندنا، وعند زفر: لا ينقلب، ولو تفرقا قبل الإبطال تَأَكَّدَ الفساد ولا ينقلب إلى الجواز.

ولو باع بثمن حَالٍّ ثم أَخَّر الثمن إلى هذه الآجال؛ إن أَخَّره إلى الأجل المجهول جهالة متقاربة صَحَّ التأجيل؛ لأن تأخير الديون إلى هذه الآجال جائزة، إن لم يجعله شرطاً في أصل البيع، ولو أخره إلى الآجال المجهولة جهالة متفاوتة فالتأجيل باطل، والثمن حَالّ على حاله[2].

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ١٥٣، ١٥٤.

[شِرَاءُ عَيْنٍ بِدَيْنٍ عَلَىٰ أَنْ يُسَلِّمَ الثَّمَنَ بِمِصْر آخَر]

ولو اشترىٰ عيناً بثمن دين على أن يُسَلِّمَ إليه الثمن في مصر آخر، فإن هذا لا يخلو: إما أن يكون الثمن مما لا حمل له ولا مَؤُونة، أو يكون له حمل ومؤونة، إما أن يضرب له الأجل أو لا يضرب له الأجل:

أما إذا لم يضرب له الأجل فالبيع فاسد، سواء كان الثمن له حمل ومَؤُونة، أو لا حمل له ولا مَؤُونة؛ لجهالة الأجل.

وإن ضرب له أجلًا معلوماً على أن يُسَلِّمَ إليه الثمن بعد محل الأجل في مصر آخر، فإن كان للأجل مقدار ما لا يمكن الوصول إلى ذلك الموضع المشروط في قدر تلك المدة، فالبيع فاسد أيضاً، وصار كأن الأجل لم يضرب.

وإن ضرب له من الأجل مقدار ما يمكن الوصول إلى ذلك الموضع المشروط في مثل ذلك للآجل، فالبيع صحيح، والتأجيل صحيح.

فإذا حَلَّ الأجل فطالبه البائع بالثمن في غير الموضوع المشروط، فإنه ينظر: إن كان الثمن ليس له حمل ومَؤُونة، يجبر المشتري على تسليمه في أي موضع طالبه البائع بعد محل الأجل، وإن كان الثمن له حمل ومؤونة، فلا يجبر على تسليمه إلا في الموضع المشروط.

وكذلك لو أراد المشتري أن يسلمه في غير الموضع المشروط، وأبىٰ البائع ذلك إلا في الموضع المشروط، فهو على هذا.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: إذا الثمن لا حمل له ولا مؤونة فشرط أن يسلمه في مصر آخر، فالبيع جائز، وإن لم يضرب له الأجل، فيجبر المشتري على تسليم الثمن في أي موضع طالبه، ولو كان الثمن عيناً فشرط تسليمه في مصر آخر، وشرط الأجل أو لم يشترط، فالبيع فاسد في الوجهين جميعاً؛ لأجل الغرر والخطر.

قال: ولا يجوز السَّلَم بلا أجل.

[شَرَائِطُ السَّلَمِ]

السَّلَم غير جائز إلا إذا استجمعت شرائطه، وشرائطه في قول أبي حنيفة سبعة: اثنان في رأس المال، وخمسة في السَّلَم[1]:

أما اللذان في رأس المال: أحدهما: إعلام قدره إن كان قدريـاً أو عدديـاً متقاربـاً عند أبي حنيفة / خاصة، وعندهما: إعلام قدر رأس المال ليس بشرط، [١٥٠-أ] أي شيء كان رأس المال، والإشارة إليه كافية، وأجمعوا: أن رأس المال إذا كان ذرعيـاً، أو حيوانـاً، أو شيئـاً من العددي المتفاوت، فإنه يصير معلومـاً بالإشارة إليه والتعيين، ولا يحتاج إلى إعلام قدره أو قيمته.

وأجمعوا: في بيع العين أن الثمن يصير معلومـاً بإشارة إليه، ولا يحتاج إلى إعلام قدره.

وشرط آخر في رأس المال أجمعوا على اعتباره: وهو تسليم رأس المال إلى المُسلم إليه قبل افتراقهما بالأبدان، سواء كان رأس المال عينـاً أو دينـاً.

ثم تسليم رأس المال ليس بشرط في مجلس العقد، وإنما جعل تسليمه إلى المُسلم إليه شرطـاً قبل التفرق بالأبدان، ألا ترىٰ أنهما لو تعاقدا عقد السلم ومكثا بعد ذلك يومـاً إلى الليل، ولم يغب أحدهما عن صاحبه، ثم تسَلَّم رأس المال وافترقا، صَحَّ السَّلَمُ.

وأما الخمسة التي في [المُسْلَم فيه]:

أحدها: إعلام جنس المال حنطة كان أو شعيراً.

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٢١.

والثاني: إعلام صفته جيداً أو وسطاً أو رديئاً.

والثالث: إعلام قدره بمقدار يؤمن فقده من أيدي الناس، ولو علم قدره [بقدر مُعَيَّنٍ] بملء هذا الإناء بعينه، فإنه لا يجوز إذا كان لا يدري كم يسع فيه، بخلاف بيع العين، فإنه إذا قال: بعت منك من هذه الصُّبْرة ملء هذا الإناء بدرهم، ولا يدري كم يسع في الإناء، فالبيع جائز.

وروىٰ الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه: أنه لا يجوز في بيع العين أيضاً؛ لأنه بيع ليس بمجازفة ولا مكايلة، وبيع الحنطة إنما يجوز على أحدهما.

وقيل: هذا إذا كان الإناء من خَزَف، أو حديد، أو خشب، أو ما أشبه ذلك مما لا يحتمل الزيادة والنقصان، فإن كان الإناء مما يحتمل الزيادة والنقصان: كالزنبيل[1]، والجَوالِق[2]، والغرارة، وما أشبه ذلك، فلا يجوز، ولا يجوز بيع العين أيضاً، إلاَّ أن أبا يوسف استحسن في الماء وأجازه، وإن كان يحتمل الزيادة والنقصان: وهو أن يشتري من سِقَاء كذا كذا قِرْبَةً من الماء، الذي في هذه القِربة وعَيَّنَها، أجاز البيع فيه.

وإن كان المسلم فيه وزنياً، فينبغي أن يعلم قدره بوزن يؤمن فقده من أيدي الناس، وإن أعلمه بوزن هذا الحجر ولا يعلم ما وزنه، فإنه لا يجوز السلم، ويجوز في بيع العين، إلا إذا أعلمه بوزن شيء يحتمل الزيادة والنقصان نحو أن يقول: هذا الطير الحي، أو بوزن هذا البطيخ، فلا يجوز أيضاً في بيع العين.

وإن كان المسلم فيه ذرعياً، فينبغي أن يعلم ذرعه بذارع يؤمن فقده من أيدي الناس، وإن أعلمه بخشبة بعينها ولا يدري كم هي أو بذراع يده، فلا يجوز السلم؛ لجواز إن [تهلك الخشبة] أو الرجل، فلا يدرىٰ ما أسلم فيه.

(١) «الزِّنْبيل: القُفَّة، والجمع زنابيل»، المعجم الوسيط (الزبل).
(٢) «الجُوالق: وعاءٌ من صوف أو شعر أو غيرها، كالغرارة، والجمع جواليق، وهو عند العامة: شُوال»، المعجم الوسيط (جوق).

والأصل: أن عقد السَّلم يحصن عن الغرر والخطر حالاً ومآلاً ما أمكن، وفي بيع العين يجوزه.

ولو كان المسلم فيه كَيْلِيًّا، فأعلم قدره [بالكيل][(١)] المعلوم، أو كان المسلم فيه وزنيـاً فأعلم قدره بالوزن المعلوم، جاز السلم؛ لأن قدره صار معلوماً بمقدار [ما] يؤمن فقده، وإنما لا يجوز البيع في الكيلي بجنسه عيناً بعين وإن تساويا في الوزن، فلا يجوز ما لم يوجد التساوي في الكيلي؛ لأنه مكيل.

وكذلك إذا بيع الوزني بجنسه عيناً بعين وتساويا في الكيلي، فإنه لا يجوز؛ لأنه موزون، وما يكال بالأرطال فهو وزني.

والشرط الرابع: إعلام أجله بالآجال المعلومة عندنا، وعند الشافعي يجوز السلم حَالاً ومؤجَّلاً[(٢)].

والخامس: بيان مكان إيفاء [المُسْلَم فيه] إذا كان [المسلم فيه] له حمل ومؤونة عند أبي حنيفة، وعندهما: ليس بشرط، فإن لم [يتشاحا] سَلَّمه حيث شاءَ، وإذا تنازعا في ذلك يسلمه في مكان العقد إن أمكن التسليم فيه، وإن لم يمكن التسليم فيه، كما إذا وقع العقد في وسط البحر، أو على رأس الجبل، فإنه يسلمه في أقرب الأماكن إلى مكان العقد.

وأجمعوا/ : أن [المُسْلَم فيه] إذا لم يكن له حمل ومؤونة، فإنه يسلم في أي [١٥٠-ب] موضع شاء، ولا يحتاج إلى بيان مكان الإيفاء.

ويحتاج في السلم إلى شرائط أخرىٰ سوىٰ هذه الشرائط التي ذكرنا: أحدها: أن يكون عقد السلم باتـاً لا خيار فيه، فإذا عقدا عقد السلم شرط الخيار لأحدهما

(١) في الأصل (بالوزن)، والمثبت ما يقتضيه السياق.

(٢) «ويجوز حالاً؛ لأنه إذا جاء مؤجلًا فلأن يجوز حالًا، وهو من الغرر أبعد وأولىٰ». المهذب ٣/ ١٦٢. انظر: المجموع ١٣/ ١٠٦.

أو لهما جميعاً، فالسلم فاسد، إلا إذا أبطل صاحب الخيار خياره قبل التفرق بالأبدان، ورأس المال قائم في يدي المسلم إليه، انقلب إلى الجواز عندنا، وعند زفر: لا ينقلب.

ولو كان رأس المال هالكاً في يد المسلم إليه عند إبطال الخيار، فلا ينقلب إلى الجواز بالإجماع، وينبغي أن يكون المُسَلَّم فيه مما لا يتوهم انقطاعه من أيدي الناس من وقت العقد إلى وقت المحل(١).

[السَّلَمُ فِيْمَا يَنْقَطِعُ حِيْنًا]

ولو أسلم فيما يوجد حيناً فينقطع حيناً: كالثمار، والفواكه، واللبن، فإن السَّلَم فيه على أربعة أوجه: ففي ثلاثة منها السلم فاسد، ويجوز في وجه واحد، أما الثلاثة التي لا يجوز: فهو أن يكون منقطعاً وقت عقد السلم موجوداً عند المَحِلّ، أو موجوداً عند العقد منقطعاً عند المَحِلّ، أو موجوداً وقت العقد وموجوداً عند المَحِلّ، ولكنه منقطع فيما بينهما(٢).

وأما الوجه الذي يجوز فيه السلم: فهو أن يكون موجوداً وقت العقد ووقت المحل، ولا ينقطع فيما بين ذلك، وهذا عندنا، وقال الشافعي: يجوز السلم إذا كان موجوداً وقت المَحِلّ(٣).

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٢١ - ١٢٥؛ فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ٣؛ البدائع ٧/ ٣١٤٨ وما بعدها.

(٢) ويدل على أنه لا يجوز أن ينقطع من أيدي الناس: (أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، أسلف رجلاً دنانير في تمر مسمًّىٰ، فقال: من حائط فلان، فقال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: أما من حائط فلان، فلا، ولكن تمر مسمًّىٰ، وكَيْل مسمًّىٰ، وأجل مسمًّىٰ) [أخرجه ابن ماجه] () نحوه، قال البوصيري في الزوائد: في إسناده الوليد بن مسلم، وهو مدلس، ٢/ ٧٦٥. السنن الكبرىٰ للبيهقي ٦/ ٢٤؛ وأبو يعلىٰ في مسنده ١٣/ ٤١٣.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٢٤؛ المهذب ٣/ ١٦٢؛ المجموع ١٣/ ١٠٦.

[بَيَانُ نَوْعِ المُسَلَّم فِيْهِ]

وينبغي أن يُبَيِّنَ نوع [المُسَلَّم فيه] بعدما بَيَّنَ الجنس والوصف، إذا كان ذلك مما يختلف نوعه وجنسه ويتفاوت، كما إذا أسلم في تمر جيد، فلا يجوز السلم حتى يبين نوعه منه؛ لأن التمر أنواع: داقل، وفارسي، وعجوة، وما أشبه ذلك، وكذلك إذا أسلم في الحنطة لا يجوز حتى يبين نوعاً منها، إذا كان مما يختلف نوعها، أنها سقي، أو بَخْسي[1]، أو ربيعي، أو خريفي، وإن كان مما لا يختلف نوعه ولا يتفاوت، فلا يجعل بيان النوع شرطاً فيه، وينبغي أن يكون المسلَّم فيه مما يضبط قدره، وصفته بالوصف، ويصير معلوماً، فيجوز.

[الضَّبْطُ فِي الوَصْفِ]

ولا يجوز إذا كان غير مضبوط الوصف: كالجواهر، واللآلي، والحيوان، والعددي المتفاوت: كالرؤوس، والأكارع، والجلود، والأُدُم[2]، والرمان، والسفرجل، والبطيخ، والقِثَّاء، وما أشبه ذلك من العددي المتفاوت، ولا يجوز السلم في التين أوقارًا[3] إلا إذا أسلم فيه بقيمان معلوم من قيامين التجار ولا يختلف، فيجوز، ولا يجوز السلم في [القت][4] جزماً ولا أوقاراً؛ لأنه يتفاوت، ولا يجوز في القصب، والحشيش، والعيدان إلاّ إذا وصفه بوصف يعرف ولا

---

(١) «البَخْسِيُّ: خلاف السَّقيِّ، منسوب إلى البخس: وهو الأرض التي تسقيها السماء؛ لأنها مبخوسة الحظّ من المياه، وفي التهذيب: البخسي من الزرع: ما لم يُسْقَ بماء عَدٍّ، إنما سقي بماء السماء»، المغرب (بخس).

(٢) والأُدُم، جميع أديم: وهو الجلد المدبوغ.

(٣) الوَقْر: الحِمل، وأكثر ما يستعمل في حمل البغل أو الحمار. انظر: المصباح (وقر).

(٤) في أ (الوقت)، والمثبت من م. «والقت: اليابس من الإسفِتْ: وهو الفصفصة التي تأكلها الدواب». كما في المغرب؛ والمصباح (قت)؛ وقال الفيومي عن الأزهري: «حبٌّ بري لا ينبته الآدمي».

يتفاوت، حينئذٍ يجوز؛ لأن الفساد في هذه الأشياء لأجل الجهالة والتفاوت، فإذا وصفه بوصف صار معلوماً به جاز.

ولو أسلم في العددي المتفاوت عدداً: كالجوز، والبيض، وما أشبه ذلك مما لا يختلف، فإنه يجوز، وصغير البيض وكبيره سواء، بعد أن يكون من جنس واحد، ولو أسلم فيه كيلاً جاز عندنا، وقال الشافعي: لا يجوز(١).

والسلم في الفلوس عدداً جائز في ظاهر الرواية، وروي عن محمد: أنه أبطل السلم فيها؛ لأنها ثمن، والسلم في الأثمان [لا يجوز](٢).

[السَّلَم فِي السَّمَك واللَّحْم والطَّعَام]

والسَّلَم في السَّمَك لا يخلو: إما أن يكون طَرِيًّا أو مَالِحـًا، ولا يخلو: إما أن يسلم فيه وزنـاً أو عدداً، فإن أسلم فيه عدداً لا يجوز السلم فيه طريـاً كان أو مالحـاً؛ لأنه يتفاوت، وإن أسلم فيه وزنـاً، فإنه ينظر: إن كان مالحـاً يجوز، وإن كان طَرِيّـاً إن كان العقد في حينه والأجل في حينه، ولا ينقطع فيما بين ذلك، فإنه يجوز، وإلا فلا(٣).

والسَّلَم في اللّحم لا يجوز عند أبي حنيفة وإن بيّن موضعـاً منه، وعندهما: يجوز إذا بيّن موضعـاً منه.

والسلم في الألية، والشحم، جائز بالإجماع، وروي عن أبي حنيفة في غير رواية الأصول أنه قال: السَّلَم في السمك لا يجوز، كالسلم في اللحم(٤).

---

(١) ولكن قال النووي في الروضة: «ويجوز السَّلم في الجوز واللوز وزنـاً ...، ويجوز كيلًا على الأَصَحِّ». الروضة ٤/ ١٤؛ المنهاج ص٢٣٧.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٢٧.

(٣) «وذلك لأنه ينقطع في زمان الشتاء، حتى لو كان في بلد لا ينقطع، يجوز مطلقـاً، وإنما يجوز وزنـاً لا عدداً، لما ذكر» الهداية ٣/ ١٠٢١.

(٤) وفي الهداية: «وقالا: إذا وصف من اللحم موضعـاً معلومـاً، بصفة معلومة، جاز؛ لأنه =

قال: ولا يجوز السلم في الطعام من موضع بعينه؛ لأنه ورد فيه الخبر بعينه، وروي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «**أما من تمر حائط فلان فلا**» نهىٰ عن ذلك، وكذلك إذا أسلم في حنطة سمرقند، أو في حنطة بخارىٰ، أو في حنطة إسبيجاب، فإن السلم لا يجوز؛ لأنه موهوم انقطاعه من أيدي الناس، فيصير عقد السلم معقوداً على خطر الشح فلا يجوز، وكذلك لو أسلم في حنطة هَرَاة لا يجوز؛ للمعنىٰ الذي ذكرنا.

ولو أسلم ثوب هَرَوِيٌّ(١) وأتىٰ بجميع شرائط السلم جاز، والفرق بينهما: أن إضافة الحنطة في هَرَاة لا يفيد بيان الجنس والنوع، وإنما يفيد تخصيص البقعة والمكان، فيحصل السلم في موهوم انقطاعه فلم يجز، ألا ترىٰ أن السلم في الحنطة يجوز من غير أن يضيفها إلى هراة، وأما في الثوب إضافته إلى هراة يفيد بيان الجنس والنوع، ولا يكون تخصيص البقعة والمكان، ألا ترىٰ أن السلم لا يجوز في الثوب من غير ذكر الهروي والمَرْوي(٢)، وأن المُسْلَمَ إليه إذا أتىٰ بثوب نسج في غير ولاية هَرَاة من جنس الهروي يجوز، ويجبر رب المال على قبوله، فثبت أن ذكر هراة عند ذكر الثوب عبارة عن بيان جنسه، وذكر هراة عند ذكر الحنطة عبارة عن تخصيص البقعة.

ولو أسلم في حنطة العراق أو في حنطة خراسان(٣)، فالسلم جائز؛ لأن العراق اسم للولاية وكذلك خراسان، ولا يتوهم انقطاعها من أيدي الناس فجاز.

= موزون، مضبوط بالوصف»، ٣/ ١٠٢١.

(١) ثوب هَرَوِيٌّ بالتحريك ـ منسوب إلى هراة: قرية معروفة بخراسان. انظر: المغرب (هرو).

(٢) «وهما قريتان معروفتان بخراسان»، كما في مغرب (هرو).

(٣) خراسان: منطقة جغرافية واسعة، من الناحية التاريخية: يشمل إقليم (خراسان الإسلامي): شمال غرب أفغانستان (مدينة حيرات)، وأجزاء من جنوب تركمانستان، إضافة إلى مقاطعة خراسان الحالية في إيران (من مدن التاريخية: حيرات، ونيسابور، وطوس، وبلخ، ومرو). انظر: موقع ويكيبيديا (خراسان).

ولو أسلم في حنطة حديثة قبل حدوثها، فالسلم فاسد؛ لأنها منقطعة في الحال، وكونها موجودة من وقت العقد إلى وقت المَحِلِّ شرط لصحة السلم.

[مَوْتُ مَنْ عَلَيْهِ سَلَمٌ]

قال: (**ومن مات وعليه سلم أو دين**[1] **سواه إلى أجل، حَلَّ ما عليه، وصار حَالاً**)؛ [لأن] موت من عليه يبطل الأجل؛ لأن الأجل من حقه، وقد بطل بموته، وموت من له الدين لا يبطل الأجل؛ لأن الأجل من حق المطلوب وهو حي، وليس لغرمائه ولا لورثته أن يطالبوه قبل الأجل.

[الكَفَالَةُ وَالحِوَالَةُ فِي السَّلَمِ]

قال: (**ولا بأس بالحِوالة والكَفالة في السَّلَم عن المُسَلَّم إليه بما أسْلَمَه إليه فيه؛ لأن السَّلَم دين مضمون في ذمة المُسْلَم إليه لَرَبِّ السَّلَم**)[2]، والأصل في باب الحِوالة والكفالة: أنها تصح بالمضمون، أو بالمضاف إلىٰ سبب مضمون مقدور على الإيفاء، والمضمون له وعنه معلوم، فإذا فات واحد من الشرائط التي ذكرنا بطلت، ولا تَصِحُّ إلا أن الحوالة مبرأة للأصيل، والكفالة غير مبرأة، إلا إذا كانت الكفالة شرط براءة الأصيل صارت حوالة.

---

(١) في المختصر (سَلَم أو غيره) ص٨٧.

(٢) مختصر الطحاوي ص٨٧. وذلك لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (الزعيم غارم)، [أخرجه أحمد في المسند ٥/ ٢٦٧؛ وابن ماجه (٢٤٠٥)؛ البيهقي في الكبرىٰ ٦/ ٧٢؛ مصنف عبد الرزاق ٨/ ١٧٣]. انظر: نصب الراية ٤/ ٥٧؛ والتلخيص الحبير ٣/ ٤٧.

وقوله صلىٰ الله عليه وسلم: (مَنْ أُحيل على مَليء، فليحتل)، أخرجه أحمد في المسند بهذا اللفظ ٢/ ٤٩٣؛ والحديث في الصحيحين بلفظ: (إذا اتبع أحدكم على مليء، فليتبع) [البخاري (٢١٦٦)؛ ومسلم (١٥٦٤)].

وقال الجصاص: «وكما صحّتا بسائر الديون، صحّتا بالسلم؛ لأنه ليس من شرط السلم قبضه من المسلّم إليه بعينه دون غيره»، ٣/ ١٣٢.

ثم إذا كفل بالسَّلَم كفيل فَرَبُّ السَّلَمِ بالخيار: إن شاء أخذ سلمه من المسلم إليه، وإن شاء أخذه من الكفيل، فإن أخذه من الأصيل لا يرجع على الكفيل، وإن أخذه من الكفيل يرجع على الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره، وليس للأصيل على الكفيل مثله، وإن كانت الكفالة بغير أمره لا يرجع، ويكون متبرعاً.

ولو كانت الكفالة بأمره، فإنه لا يرجع على الأصيل إلا بعد الأداء، بخلاف الوكيل بالشراء، فإنه يرجع على موكله وإن لم يؤد الثمن بعده.

ثم الكفيل من رب السلم ينزل منزلة المُسْلَم إليه، والكفيل من المسلم إليه عند ثبوت حق الرجوع له، عليه ينزل منزلة المقرض، حتى أن رب السلم لا يجوز له أن يستبدل بما على الكفيل، كما لا يجوز الاستبدال بما على المسلم إليه، والكفيل إذا أدَّىٰ السَّلَم، وثبت له حق الرجوع على المسلم إليه، فإنه يجوز له أن يأخذ بدله ويستبدل؛ لأنه بمنزلة المقرض، واستبدال القرض قبل القبض جائز.

ولو أن المكفول عنه عَجَّلَ للكفيل بما كفل عنه، ودفع إليه قضاء/ جاز؛ لأن [١٥١-ب] الكفيل كان يثبت له حق الرجوع على المكفول عنه بعد الإقضاء، [فصار] كالدين المؤجل إذا عجله المطلوب قبل محل الأجل قُبِلَ منه، ويبرأ المكفول عنه من دين الكفيل، ولا يبرأ من دين المكفول له، وللمكفول له أن يطالب بدينه أيهما شاء: فإن أخذ من المكفول عنه، كان له أن يرجع على الكفيل ويسترد منه ما أدَّىٰ إليه.

ولو تصرف الكفيل فيما استعجل وربح، هل يطيب له الربح أم لا؟ ينظر: إن كان الدين دراهم أو دنانير، طاب له الربح بالإجماع؛ لأنهما لا يتعينان لعقود المبادلات، فحصل التمليك بإذن صاحبها، فطاب له الربح، وإن كان الدين كَيْلِيًّا أو وَزْنِيًّا مما يتعين للعقد، فالربح يطيب له في قول أبي يوسف ومحمد، وعند أبي حنيفة: ثلاث روايات: في رواية كتاب البيوع: طاب له الربح، ولم يذكر الاختلاف، وفي رواية: تصدق به، وفي رواية قال: أحب إلي أن يرد الربح على المكفول عنه.

ولو دفع الدينَ إلى الكفيل على سبيل الرسالة ليؤدي الدين مما دفع إليه، ولم يدفع إليه على وجه القضاء، فتصرف فيه الكفيل وربح، لا يطيب له الربح، سواء كان الدين دراهم أو دنانير أو غيرهما من الكيلي والوزني في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يطيب له، وهذا كالاختلاف في المودع والغاصب إذا تصرف في الوديعة، والمغصوب، وربح فيها، لا يطيب له الربح في قولهما، وفي قول أبي يوسف: يطيب له.

وإذا صالح الكفيل مع رَبِّ السَّلَم على رأس المال، فإنه ينظر: إن كان رأس المال عيناً قائمة في المُسْلَم إليه، فإن الصلح لا يجوز بالاتفاق، وإن كان رأس المال ديناً في الذمة، فاختلفوا فيه: قال أبو حنيفة ومحمد: الصلح موقوف على إجازة المسلم إليه، فإن أجاز الصلح جاز، وانفسخ السلم، ويرجع الكفيل برأس المال على المسلم إليه إذا أدىٰ، وإذا أبطل الصلح بطل، والمسلم فيه لرب السلم كما كان، وقال أبو يوسف: الصلح جائز بين الكفيل ورب السلم على رأس المال، وليس للمسلم إليه أن يطالبه، وللكفيل أن يرجع على المسلم إليه بالسلم الذي كفل عنه.

وأجمعوا: أن الكفيل بالدين سوىٰ السَّلَم إذا صالح مع المكفول له على مال آخر سوىٰ الدين، فالصلح جائز بينهما، وليس للمكفول [عنه] أن يبطل الصلح، ويرجع المكفول عنه بالدين الذي كفل عنه[1].

[الصُّلْح في السَّلَم]

ولو أن رجلين أسلما إلى رجل عشرة دراهم في كُرّ حنطة صفقة واحدة، ونَقَدَا عشرة دراهم من مال مشترك بينهما أو غير مشترك، ونقد كل واحد منهما خمسة دراهم من دراهمه، فإن السَّلَم يكون بينهما بالشركة، ولو صالح أحد رَبَّي السلم مع المُسْلَم إليه على حصته من رأس المال: وهي خمسة دراهم، فإن هذا الصلح

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٣٢، ١٣٣.

موقوف على إجازة صاحبه في قول أبي حنيفة ومحمد، إن أجازه جاز، ويكون ما وقع عليه الصلح بينهما، وإن أبطله بطل، ويكون السلم بينهما كما كان، وفي [قول أبي يوسف](١): صُلْحُ الصالح منهما جائز، وليس لصاحبه إبطال الصلح، ولكنه بالخيار: إن شاء اختار اتباع المُصَالح، ثم المصالح بالخيار: إن شاء رَدَّ عليه نصف ما قبض من رأس المال، وإن شاء رَدَّ عليه ربع المسلم، وإن شاء سلم للمصالح ما قبض ويتبع المسلم إليه بحصته من السلم، ولا سبيل له على المصالح.

وأجمعوا: أن في سائر الديون سوى السلم إذا كان بين رجلين فصالح أحدهما من حصته على مال، أن الصلح جائز وليس لشريكه إبطاله، والشريك بالخيار: إن شاء اتبع المصالح، فإن اختار اتباعه فالمصالح بالخيار: إن شاء رَدَّ نصف ما قبض بالصلح، وإن شاء رد / ربع الدين، وتكون بقية الدين على الغريم بينهما، وإن شاء [١٥٢-أ] سَلّم للمصالح ما قبضه بالصلح، ويتبع الغريم بحصته من الدين، فإذا أراد اتباع المصالح بعد التسليم، ليس له ذلك حتى يتوي حصته على الغريم، فحينئذٍ يتبعه، فإذا تبعه بعد التواء، فالمُصَالح بالخيار: إن شاء سَلّم نصف ما قبض بالصلح، وإن شاء رَدّ عليه ربع الدين، ويكون التواء عليهما جميعاً.

والحِوالة والكفالة برأس المال جائزة؛ لأنهما لما تعاقدا عقد السلم صار رأس المال ديناً مضموناً على رب السلم للمسلم إليه، والكفالة والحوالة بالدين المضمون جائزة، إلّا أن الكفالة لا تبرئ رب السلم عن رأس المال إلاّ إذا كانت بشرط براءة الأصيل، فحينئذٍ يبرأ، وفي الحوالة يبرأ، فقبل أن يفترق العاقدان بالأبدان إذا قبض المُسْلَمُ إليه رأس ماله من الكفيل أو من المحتال عليه، أو من رب السلم تم العقد بينهما، ولا يضرهما فرقة الكفيل والمحتال عليه إياهما؛ لأنه ليس بعاقد، ولو تفرقا قبل استيفاء رأس المال بطل السلم، وبطلت الحوالة والكفالة(٢).

---

(١) في أ (قولهما)، والمثبت من م.
(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٣٢.

وكذلك هذا الحكم في الصَّرْفِ، تجوز الحوالة والكفالة ببدله، ولكن التقابض من كلا الجانبين قبل التفرق بالأبدان شرط، وفراق الكفيل والمحتال عليه إياهما لا يضرهما؛ لأنه ليس بعاقد، ولو افترق العاقدان قبل التقابض، بطل عقد الصرف، وبطلت الحوالة والكفالة، ويجب على الآخر رد ما قبض، ولا يؤاخذ الكفيل به بخلاف الرهن، أن له أن يحبسه بالبدل، وأن يسقط ما رهن به؛ لأن الرهن بالشيء رهن به وببدله، والكفيل بالشيء لا يكون كفيلاً ببدله، والمسائل بعد هذه مكررة.

[الرهن في السَّلَم]

قال: (ولا بأس بالرهن بالسلم)(١)؛ لأن الرهن بدين مضمون في الذمة جائز، والمسلم فيه دين مضمون في الذمة في الحقيقة، وإن كان له حكم العين، والدين في

---

(١) مختصر الطحاوي ص٨٧. وذلك لقوله عز وجل: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ وَلۡيَكۡتُب بَّيۡنَكُمۡ كَاتِبُۢ بِٱلۡعَدۡلِۚ وَلَا يَأۡبَ كَاتِبٌ أَن يَكۡتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ ٱللَّهُۚ فَلۡيَكۡتُبۡ وَلۡيُمۡلِلِ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبۡخَسۡ مِنۡهُ شَيۡـٔٗاۚ فَإِن كَانَ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا أَوۡ لَا يَسۡتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلۡيُمۡلِلۡ وَلِيُّهُۥ بِٱلۡعَدۡلِۚ وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحۡدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحۡدَىٰهُمَا ٱلۡأُخۡرَىٰۚ وَلَا يَأۡبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْۚ وَلَا تَسۡـَٔمُوٓاْ أَن تَكۡتُبُوهُ صَغِيرًا أَوۡ كَبِيرًا إِلَىٰٓ أَجَلِهِۦۚ ذَٰلِكُمۡ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِ وَأَقۡوَمُ لِلشَّهَٰدَةِ وَأَدۡنَىٰٓ أَلَّا تَرۡتَابُوٓاْ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةٗ تُدِيرُونَهَا بَيۡنَكُمۡ فَلَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٌ أَلَّا تَكۡتُبُوهَاۗ وَأَشۡهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعۡتُمۡۚ وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٞ وَلَا شَهِيدٞۚ وَإِن تَفۡعَلُواْ فَإِنَّهُۥ فُسُوقُۢ بِكُمۡۗ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۖ وَيُعَلِّمُكُمُ ٱللَّهُۗ وَٱللَّهُ بِكُلِّ شَيۡءٍ عَلِيمٞ (٢٨٢) * وَإِن كُنتُمۡ عَلَىٰ سَفَرٖ وَلَمۡ تَجِدُواْ كَاتِبٗا فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞۖ فَإِنۡ أَمِنَ بَعۡضُكُم بَعۡضٗا فَلۡيُؤَدِّ ٱلَّذِي ٱؤۡتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥۗ وَلَا تَكۡتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَۚ وَمَن يَكۡتُمۡهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٞ قَلۡبُهُۥۗ وَٱللَّهُ بِمَا تَعۡمَلُونَ عَلِيمٞ﴾ [البقرة: ٢٨٢، ٢٨٣].

قال الجصاص: «وذلك عام في السَّلَف وغيره.

وقال ابن عباس: السلم المؤجل في كتاب الله، ثم تلا قول الله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى﴾، وأيضاً الرهن مقبوض للاستيفاء، والسلم يوجب الاستيفاء، فصحّ الرهن به»، ٣/ ١٣٣، ١٣٤.

الحكم كأنه وضع في الرهن، فإن هلك الرهن في يده، صار مستوفياً للمسلم فيه، وفي الزيادة هو أمين، وإن كانت قيمته أقل من المسلم فيه صار مستوفياً لذلك القدر، ويرجع عليه بالباقي، هذا إذا أخذ رب السلم رهناً بالمسلم فيه، ولو أخذ المُسْلَمُ إليه رهناً من رب السلم برأس ماله قبل التفرق جاز، إلا أن الرهن إذا هلك، تَمَّ السلم بينهما وصار مستوفياً لرأس ماله، إذا كان في قيمته وفاء، ولو لم يهلك حتى افترقا بطل السلم، وعليه رد الرهن على صاحبه، فإن هلك في يده [قبل الرد][1] هلك برأس المال، ويجب عليه رد رأس المال؛ لأنه صار مستوفياً لرأس المال بهلاك الرهن بعد بطلان عقد السلم، ولا ينقلب إلى الجواز.

وكذلك هذا الحكم في بدل الصرف إذا أخذ به رهناً، فإن كان هلاكه قبل تفرق العاقدين بأبدانهما، صار مستوفياً، وتَمَّ عقد الصرف، وإن تفرقا قبل هلاكه، بطل الصرف على ما ذكرنا في السلم.

[الإِقَالَةُ في السَّلَم]

قال: (**ولا بأس بالإقالة في السلم من المسَلَّم فيه كله، أو في بعضه دون بعض إذا كان الباقي منه جزءاً معلوماً، كنصفه أو ما أشبه ذلك من أجزائه**)[2].

والإقالة في السلم لا تخلو: إما أن تكون قبل محل الأجل، أو بعد محله، ولا تخلو: إما أن تكون في بعض المسلم فيه، أو كله:

أما إذا تقايلا في السلم كله فالإقالة صحيحة، سواء كان قبل محل الأجل أو بعده، ووجب على المسلم إليه رد رأس المال حالاً، ولا يجوز استبداله قبل القبض.

---

(١) في أ (من يده، فلرب السلم)، والمثبت من م.

(٢) مختصر الطحاوي ص٨٨.

وأما إذا تقايلا السلم في بعضه إن كان بعد محل الأجل، صَحّت الإقالة في قدر ما تقايلا، وبقية السَّلَم على حاله عندنا، وقال ابن أبي ليلىٰ: انفسخ [جميع] عقد السلم، ولو كان هذا قبل محل الأجل، ولم يشترط تعجيل الباقي من السلم، صَحَّتِ الإقالة أيضاً، وبقية السلم عليه إلى أجله.

ولو شرط في الإقالة تعجيل الباقي من المسلم فيه، فالإقالة صحيحة، وشرط تعجيل الباقي باطل، وعلى المسلم إليه رد رأس المال بإزاء ما وقعت عليه الإقالة، وبقية السلم/ إلى أجله، ولا تبطل الإقالة ببطلان الشرط؛ لأن الإقالة لا تتعلق [١٥٢-ب] بالجائز من الشرط، والفاسد من الشرط لا يبطلها، وإنما يبطل شرط التعجيل؛ لأن الأجل من حق المسلم إليه، وإنما بطل حقه في الأجل لمكان ما ترك رب السلم فيه، فيحصل اصطناع المعروف من الجانبين، فيكون فيه معاوضة الأجل، والأجل لا يجوز الاعتياض عنه؛ فلذلك بطل الشرط.

وعلى قياس قول أبي يوسف: بطلت الإقالة، والسلم على حاله إلى أجله؛ لأن الإقالة عنده بيع جديد، والبيوع تبطل بالشروط الفاسدة[١].

[السَّلَم في شيئين مختلفين بمال واحد]

قال: (**وإذا أسلم الرجل في شيئين مختلفين مالاً واحداً**)[٢]، ولم يسم حصة كل واحد منهما من رأس المال:

اعلم أن رأس المال إذا كان من جنس واحد مما يتعلق العقد فيه بمقداره: كالكيلي، والوزني، والعددي المتقارب، أسْلَمَه إلى رجل في شيئين مختلفين، من جنسين أو من نوعين، أو من جنس واحد، ولم يسم حصة كل جنس، وحصة كل نوع

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٣٥.
(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٨٨.

من رأس المال؛ فالسَّلَم فاسد في قول أبي حنيفة[١]، وفي قولهما: السلم جائز فيهما[٢].

وأجمعوا: أن رأس المال إذا كان [من جنسين، أو نوعين من جنس واحد][٣]: ثوباً، أو حيواناً، أو شيئاً من العددي المتفاوت، والمسألة بحالها فإن السلم صحيح، ولا يحتاج إلى بيان حصة كل واحد منهما من رأس المال، وكذلك هذا الاختلاف إذا كان رأس المال من جنسين مختلفين أو من نوعين أسلمهما في جنس واحد.

وأصل المسألة: أن إعلام قدر رأس المال إذا كان قدرياً شرط لصحة العقد[٤] في قول أبي حنيفة، وكذلك إعلام الحصة، ولو أسلم عشرة دراهم في ثوبين من جنس واحد صفتهما واحدة وطولهما واحد، ولم يبين حصة كل ثوب من العشرة، فالسلم جائز في قولهم جميعاً، وصار كما إذا أسلم عشرة دراهم في قفيزين من الحنطة ولم يُبَيِّنْ حصة كل قفيز من رأس المال.

ولو قبض الثوبين بعد محل الأجل، فأراد أن يبيع أحدهما على خمسة دراهم مرابحة، ليس له ذلك في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: له ذلك، وله أن يبيعهما مرابحة على عشرة دراهم في قولهم.

وكذلك لو سمّىٰ لكل ثوب خمسة دراهم، فإن أراد أن يبيع أحدهما مرابحة على خمسة دراهم.

وذكر الطحاوي هاهنا أنه إذا أسلم مالاً واحداً في شيئين مختلفين، يجوز السلم في قولهم[٥]، ثم (لا تجوز الإقالة في أحدهما دون صاحبه عندهما).

---

(١) «لأن من أصله: أنه كلما تعلق العقد على مقدار من رأس مال السَّلَم، فإنه لا يجوز إلّا أن يكون معلوم القدر». شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٣٥.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٨٨.

(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

(٤) في م (السلم).

(٥) ما ذكره الطحاوي في مختصره هو القول السابق، بالاختلاف بين الإمام وصاحبيه.

وهذا غير سديد، فعلىٰ قولهما وجب أن تجوز الإقالة في أحدهما دون صاحبه؛ لأن الإقالة فسخ، والفسخ يجوز في أحدهما دون الآخر، ألا ترىٰ أنه لو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً، كان له أن يرده[1].

[أَجَلُ السَّلَمِ فِي وَقْتَيْنِ]

(ولا بأس بالسلم في نوع واحد مما يكال أو يوزن على أن يكون حلول بعضه في وقت وحلول بقية ذلك في وقت آخر)[2]، ولا يحتاج إلى بيان حصة كل واحد منهما، أما على قولهما فلا يشكل، وكذلك على قول أبي حنيفة؛ لأن حصة كل واحد منهما معلومة، ويتوصل إليها بلا حزر، بخلاف ما إذا كان السلم في جنسين[3].

[فَوَاتُ المُسْلَمِ فِيه قَبْلَ القَبْضِ]

قال: **(وإذا لم يقبض المسلم[4] فيه حتى فات، وصار مثله غير موجود، فإن السلم لا يبطل عندنا، وقال زفر: يبطل، ويرجع رب السلم برأس المال، وعندنا رب السلم بالخيار: إن شاء انتظر إلى وجود مثله فيأخذ منه، وإن شاء لم يصبر إلى ذلك الوقت وأخذ رأس ماله)**[5].

---

(١) كما أنكر عليه الجصاص بقوله: «... فإن هذا لا نعرفه من قولهما، ولا أدري من أين وقع ذلك إليه، ولا على أي أصل قاسه». شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٣٦.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٨٨. «وذلك لأنه صحت المطالبة به بحلول أجله، لم يفسد العقد بعد ذلك بانقطاعه من أيدي الناس؛ وذلك لأن وجوده مرجوّ في الثاني ...، فلا يفسد العقد»، الشرح ٣/ ١٣٧.

(٣) انظر: الشرح ٣/ ١٣٦.

(٤) في المختصر (المسلم السلم)؛ وفي شرح الجصاص (فلم يقبضه رب السلم) ٣/ ١٣٦؛ والمعنىٰ واحد: (إذا لم يقبض رب السلم المسلم فيه).

(٥) انظر: مختصر الطحاوي ص٨٨.

[الرَّدُّ بِالعَيْبِ فِي السَّلَمِ]

قال: (ومَنْ قَبَضَ ما أسلم فيه، ثُمَّ أصاب به عيبًا رَدَّه)[١].

اعلم بأن السلم يثبت فيه خيار العيب، ولا يثبت فيه خيار الشرط، ولا خيار الرؤية، فإذا وجد به عيباً: فإن شاء تجوّز به، وإن شاء ردّه، فإن حدث به عيباً فالمسلم إليه بالخيار: إن شاء رضي بزيادة العيب وقَبِلَهُ وسَلَّم[٢] إليه، سلمه غير معيب[٣]، وإن أبىٰ قبوله اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال:

قال أبو حنيفة: بطل حق رب السلم وليس له الرد ولا الرجوع بحصة العيب.

وقال أبو يوسف: يرد على المسلم / إليه مثل ما قبض معيباً بعيب واحد مثل عيب [١٥٣-أ] المقبوض الذي عند المسلم إليه، فإذا رده: رجع عليه بسلمه غير معيب، وإن شاء تجوّز به. وفي قول محمد: يرجع عليه بحصة العيب من رأس المال، فَيُقَوَّم المقبوض غير معيب، وَيُقَوَّمُ معيباً بالعيب الذي عند المسلم إليه، فينظر إلى النقصان، فإن كان النقصان من قيمة إذا كان غير معيب بذلك العيب عشرهما، يرجع عليه بعشر رأس المال، وهذا الاختلاف ذكره الطحاوي[٤] ولم يذكر في المبسوط، هذا كله إذا كانت زيادة العيب عند رَبِّ السَّلَم بآفة سماوية، أو بفعل رب السلم.

وأما إذا كان بفعل أجنبي وأخذ رب السلم أرش النقصان منه، فليس له الرد بالعيب، وليس للمسلم إليه قبوله بزيادة العيب لأجل الأرش، وبطل حقه في العيب

---

(١) المصدر السابق نفسه.

(٢) وعبارة الطحاوي في تكملة النص السابق: (وطالب المسلم إليه بما أسلم إليه فيه غير معيب) ص٨٨.

(٣) «وذلك لأنه استحق على المسلَّم إليه، تسليم السَّلَم إليه صحيحاً، كسائر البياعات؛ إذ كان العقد يوجب لكل واحد من المتعاقدين صحة المعقود عليه، فإذا ردّه، انتقض القبض فيه، كأنه لم يقبض، وعاد ما كان في ذمته من السَّلَم». شرح المختصر ٣/ ١٣٧.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص٨٩.

في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف: يضمن إن شاء مثله معيبًا بالعيب الأول ويرد عليه، ويأخذ منه سلمه غير معيب، وقال محمد: يرجع عليه بحصة العيب من رأس المال.

[بَيْعُ السَّلَم مُرَابَحَةً أو تَوْلِيَةً]

قال: (**ولا بأس بأن يبيع رب**[١] **السلم بعد قبضه إياه مرابحة على رأس المال، وأن يبيعه تولية، وله أن يبيعه مواضعة، وأن يشرك فيه غيره كما لو اشترىٰ عينًا**)[٢]؛ لأن المقبوض بعقد السَّلَم، فعجل في الحكم كعين ما ورد عليه العقد، فصار كأنه اشترىٰ برأس المال، ورأس المال إن كان مثليًّا يجوز له أن يبيعه مرابحة عليه، وإن كان غير مثلي فلا يجوز له أن يبيعه مرابحة، إلا إذا باعه ممن عنده ذلك العين به وبزيادة ربح عليه معلوم، كما ذكرنا في مسائل المرابحة.

[تَصَرُّفُ المُسْلِمِ بِرَأْسِ المَالِ بَعْدَ الإِقَالَةِ]

قال: (**ولا يجوز [للمسلم] بعد الإقالة أن يشتري برأس المال شيئًا قبل قبضه إياه من المسلم إليه**)[٣]؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك**»[٤] نهىٰ عن أخذ ثالث سواهما، وكذلك في كل موضع انفسخ عقد السلم

---

(١) في المختصر (يبيع المسلم السلم ...، وأن يوليه من شاء، كما يكون له ذلك لو كان ابتاعه عينًا) ص٨٩.

(٢) المصدر السابق نفسه.

(٣) مختصر الطحاوي ص٩٠.

(٤) الحديث أورده الزيلعي في نصب الراية، وقال: «أخرجه أبو داود وابن ماجه من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: (من أسلم في شيء، فلا يصرفه إلى غيره)»، وقال: «ورواه الترمذي في علله الكبرىٰ»، وقال: «لا أعرفه مرفوعًا إلا من هذا الوجه، وهو حديث حسن، ورواه ابن ماجه عن عطية العوفي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم مرسلاً»، وتكلم في عطية العوفي بالتضعيف، وعدم الاحتجاج به. =

[بعد صحّته]، ووجب على المسلم إليه رد رأس ماله، فلا يجوز لرب السلم استبداله قبل القبض، وأما إذا كان السلم فاسدًا في الأصل، وقد قبض رأس ماله، فلا بأس باستبداله قبل القبض، ولا يكون له حكم السلم، فصار كسائر الديون.

[التَّسْعِيْرُ عَلَىٰ النَّاسِ]

قال: ولا يجوز التسعير على الناس لقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] وقال عليه السلام: «**لا يحل مال امرئٍ مسلم إلا بطيب نفس منه**»[1] وإذا سَعَّر السلطان على الخَبَّاز، أو القَصَّاب سعر الخبز، أو اللحم وغيره، هل يجوز بيعهم بعد التسعير؟[2] ينظر: إن كان بحال لو لم يبع بمثل ما سَعَّر السلطان حمل عليه وحبس

= انظر: نصب الراية ٤/ ٥١؛ وقال المناوي في التفسير بشرح الجامع الصغير: «وإسناده ضعيف» ٢/ ٣٩٨.

(١) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ ٦/ ١٠٠؛ والدارقطني في سننه ٣/ ٢٦؛ وأورده الهيثمي وقال: «رواه أبو يعلىٰ، وأبو مرّة وثّقه أبو داود، وضعّفه ابن معين»، مجمع الزوائد ٤/ ١٧٢.

(٢) التسعير، من سَعَّر السلعة: حَدَّد أثمان الأشياء، والمقصود بالتسعير هنا: أن تحدّد الدولة بما لها من السلطة العامة ثمناً رسمياً للسِّلَع، لا يجوز للبائع أن يتعداه.

ذهب المؤلف إلى منع التسعير وعدم جوازه؛ لما فيه من الظلم والتعدي على أموال الناس، وحرِّياتهم، وهذا قول جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة: بعدم جواز التسعير في الأحوال العادية، التي لا يظهر فيها ظلم من التجار، ولا غلاء في الأسعار، فيقول صاحب الفتاوىٰ الهندية: «ولا يسعر بالإجماع، إلّا إذا كان أرباب الطعام يتعدون عن القيمة، وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلّا بالتسعير، فلا بأس بمشورة أهل الرأي والبصر، وهو المختار، وبه يفتىٰ» ٣/ ٢١٤.

فإذا امتنع أرباب السلع عن بيعها مع ضرورة الناس إليها، إلّا الزيادة على القيمة المعروفة، فهاهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل؛ إذ لا معنىٰ للتسعير إلاّ إلزامهم بقيمة المثل، فيجب أن يلتزموا بما ألزمهم الله تعالىٰ به.

وإلى هذا ذهب بعض المالكية أيضاً. المنتقىٰ ١٨/ ٥. =

في السجن، فبيعه لا يجوز، كأنه باع مُكْرَهاً، وإن كان برضاه صَحَّ البيع.

= كما ذهب كثير من الشافعية والحنابلة والمالكية إلى القول: يمنع التسعير إذا غلا السعر. انظر: المغني ٤/ ٩؛ المنتقى ٥/ ٨؛ مختصر المزني ص٩٢؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٤٠؛ الحسبة ص٢٠.

بَابُ الِاسْتِبْرَاءِ[١]

الاستبراء على ضربين: استبراء مستحب، واستبراء واجب.

فأما المستحب: فهو استبراء البائع، وأما الواجب: فهو استبراء المشتري.

[اِسْتِبْرَاءُ البَائِعِ]

الرجل إذا كان له جارية وهو يطؤها، فأراد أن يخرجها (ويملكها[٢] من غيره، فالمستحب له: أن لا يفعل حتى يَسْتَبْرِئَها بعد وطئه إياها بحيضة)، وكذلك إذا أراد أن يزَوِّجَها من غيره وهي أَمَة أو مُدَبَّرَة أو أمَّ وَلَدٍ، فالمستحب له: أن لا يفعل ذلك حتى يستبرئها بحيضة بعد الوطء، فإن زَوّجها قبل الاستبراء أو بعده، فللزوج أن يطأها بلا استبراء؛ لأنه لا استبراء في النكاح، وقال محمد: أحب إلي أن يستبرئها بحيضة ولست أوجبها عليه.

وكذلك الرجل إذا رأىٰ امرأة تزني ثم تزوّجها فلا استبراء عليه، وقال محمد: أحب إلي أن لا يفعل يطأها حتى يستبرئها، ويعلم فراغ رَحِمِهَا، حتى لا يكون ساقياً ماءه زرع غيره.

الأصل: أن كل فرج يحل له بعقد النكاح يحل بملك اليمين، وكل فرج لا يحل

---

(١) الاستبراء، من بَرَأ: طلب البراءة من الشيء، أي: طلب التخلص من العهدة. والموضوع هنا في استبراء الأمة: تربص الأمة بنفسها مدة يُعلم بها خُلُوُّ رَحِمِها من الولد، (ويكون الاستبراء للأمة، وللموطوءة بعقد فاسد، أما غيرهنّ، فتكون عليهنّ العِدَّة).

(٢) عبارة المختصر (... من ملكه إلى ملك غيره ببيع، أو هبة، أو ما سوىٰ ذلك، فإنه لا ينبغي له ذلك، حتى يستبرئها بحيضة إن كانت ممن تحيض) ص٩٠.

[١٥٣-ب] بملك النكاح لا يحل له / بملك اليمين، كالتي وطئها أبوه أو ابنه، أو لمسها بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة، وكالتي وطئ هو ابنتها أو أمها، أو نظر إلى فرجها بشهوة، وكالأمة المجوسية والتي لها زوج، أو في عِدَّةٍ من زوج، وما أشبه ذلك مما لا يحل بعقد النكاح، فلا يحل بملك اليمين إلا من جهة الجمع، يعني: يجوز للرجل أن يجمع في الوطء بملك اليمين كل ما قدر عليه، ولا يحل له أن يجمع بعقد النكاح أكثر من أربع نسوة، ولا يحل للعبد أو المكاتب والمدبر الفرج بملك اليمين لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا يتسرىٰ العبد، ولا يسريه مولاه، ولا يملك العبد ولا المكاتب شيئًا إلا الطلاق**»(١)، والمستسعىٰ في قول أبي حنيفة كالمكاتب، وعندهما: كحُرٍّ عليه دين.

[الاِسْتِبْرَاءُ الوَاجِبُ]

ولو أن حُرًّا ملك جارية بوجه من الوجوه وهو ممن يحل له فرجها، فليس له أن يطأها (حتى يستبرئها بحيضة إن كانت ممن تحيض، أو بالأشهر إن كانت ممن لا تحيض)، أو بوضع الحمل إن كانت حاملاً، وهو استبراء واجب.

[شُرُوْطُ الاِسْتِبْرَاءِ]

الأصل في هذا أن نقول: متىٰ تم له الملك في فرج فارغ وجب عليه الاستبراء، أو تقول: متىٰ استحدث ملك الوطء بملك اليمين من جهة الغير وجب عليه الاستبراء، والاستبراء إنما يجب بقوله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس: «**ألا لا توطئ الحبالىٰ، حتى يستبرئن بحيضة**»(٢)، وليس له أن يستمتع بها في مدة الاستبراء بقُبْلَةٍ،

(١) رواه أبو يوسف في كتاب الآثار عن إبراهيم ١/ ١٣٠، وقال الزيلعي في الحديث: «غريب»، ثم أخرج حديث ابن ماجه: «إنما الطلاق لمن أخذ بالساق»، وضعّفه لابن لهيعة. انظر: نصب الراية ٤/ ١٦٥.

(٢) الحديث أورده ابن حجر في الدراية بلفظ: «ألا لا توطأ الحبالىٰ حتى يضعن حملهن، ولا الحبالىٰ حتى يستبرئن بحيضه»، قاله في سبايا أوطاس، أخرجه أبو داود بلفظ نحوه، =

أو مُعَانَقَةٍ، أو لَمْسٍ، أو نظر إلى فرجها بشهوة؛ لأن هذه الأشياء من دواعي الجماع، والشيء إذا حرم حرم دواعيه وأسبابه، ألا ترىٰ أن من ظاهر من امرأته حرم عليه الوطء والاستمتاع جميعًا حتى يُكَفِّرَ، فإذا كان الاستبراء بوضع الحمل، فليس له أن يستمتع بها بالجماع وما سواه إلىٰ أن تضع حملها، فإذا وضعت حملها حلَّ له أن يستمتع بها سوىٰ الجماع مادامت في نفاسها، كما قلنا في الحائض في كتاب الصلاة.

ثم معنىٰ قولنا: متى تَمَّ له المِلك، يعني: إذا ملك من الجارية نصفها وحاضت ثم ملك النصف الباقي، فإنه لا يجتزئ بتلك الحيضة من الاستبراء، وعليه أن يستبرئها بحيضة أخرىٰ، وكذلك إذا اشترىٰ جارية فحاضت قبل القبض، فعليه أن يستبرئها بعد القبض؛ لأن الملك لا يتم له إلا بالقبض.

ومعنىٰ قولنا: في فرج فارغ، يعني: إذا لم يكن لها زوج، ولا في عدة من زوج.

ومعنىٰ قولنا: متىٰ استحدث ملك الوطء، يعني: إذا كانت ممن يحل له فرجها.

ومعنىٰ قولنا: بملك اليمين، يعني: أن الاستبراء إنما يجب بملك اليمين لا بعقد النكاح.

وقولنا: من جهة الغير، يعني: إذا حرم فرج أمة له بالردة، أو بالحيض، أو بالنفاس، أو بالكتابة، ثم زالت هذه العوارض، حَلَّتْ بغير استبرأ؛ لأنه لم يستفد من جهة الغير.

[مِمَّنْ يَجِبُ فِي حَقِّهِمْ الاِسْتِبْرَاءُ]

وإذا اشترىٰ جارية من عبده المأذون، فإنه ينظر: إن لم يكن على العبد دين، أو

= وصححه الحاكم، وأخرجه من وجه آخر، وزاد: (حتى يستبرئها بحيضة)، وصححه ابن حبان، وعن علي رضي الله عنه نحوه، أخرجه ابن أبي شيبة، وعن ابن عباس نحوه، أخرجه الدارقطني. كما ذكر ابن حجر ٢/ ٢٣٠، ٢٣١؛ وأورده محمد بن الحسن في السير ١/ ١٢٢. انظر: نصب الراية ٤/ ٢٥٢.

عليه دين غير مستغرق، فليس عليه أن يستبرئها؛ لأن ملك عبده له، وله أن يجتزئ بتلك الحيضة التي حاضت عند العبد، وإن كان على العبد دين يستغرق رقبته وما في يده من الكسب، فعليه أن يستبرئها بحيضة في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: لا يجب الاستبراء؛ لأن أصل أبي حنيفة: أنه إذا كان عليه دين مستغرق، فإن المولىٰ لا يملك مكاسبه، وعندهما: يملك.

ولو اشترىٰ من مكاتبه فعليه الاستبراء؛ لأن المولىٰ لا يملك مكاسب مكاتبه، ولو اشترىٰ من ابنه الصغير، وجب عليه الاستبراء؛ لأن العلة في وجوب الاستبراء استحداث ملك الوطء بملك اليمين من جهة الغير، والحكمة فيه تعرف بَرَاءَة الرَّحِمِ، والحكم يدور مع العِلَّة، ولا يدور مع الحكمة.

وكذلك إذا اشترىٰ جارية بكراً لم توطأ، وجب الاستبراء لوجود العِلَّةِ، وروي عن أبي يوسف أنه قال: لا استبراء في البِكر، وكذلك لو اشتراها وهي حائض فطهرت من حيضها، [أو حاضت] قبل القبض، وجب عليه الاستبراء وإن عرف براءة الرحم، وروي عن أبي يوسف: أنه يجتزئ بتلك الحيضة.

[١٥٤-أ] ولو اشترىٰ/ من امرأة أو من صبي صغير لا يعلق، أو اشتراها ممن لا يحل له فرجها، وجب عليه الاستبراء في الكل لوجود العِلَّة.

وإذا باع جارية ثم تَقَايَلا البيع قبل التسليم إلى المشتري، فعادت إلى [ملك] البائع؛ القياس: أن يجب على البائع الاستبراء لوجود العلة، وفي الاستحسان: لا يجب؛ لأن ملك المشتري لم يكن تمّ عليها، وروي عن أبي حنيفة: أنه أخذ [فيها] بالقياس.

ولو تقايلا بعد التسليم إلى المشتري، وجب على البائع الاستبراء قياساً واستحساناً، ولو لم يتقايلا ولكن رد المشتري الجارية بعيب أو خيار رؤية، يجب على البائع الاستبراء؛ لأن الرد بالعيب وخيار الرؤية لا يمنعان وقوع الملك

للمشتري، وأما إذا رُدّت على البائع بخيار الشرط، فإنه ينظر: إن كان خيار الشرط للبائع فلا يجب عليه الاستبراء؛ لأنها لم تخرج عن ملكه، وإن كان خيار الشرط للمشتري يفسخ وعادت الجارية إلى ملك البائع، فإن كان الفسخ قبل القبض، لا يجب الاستبراء على البائع بالإجماع، وإن كان الفسخ بعد القبض فكذلك عند أبي حنيفة، وعندهما: يجب على البائع الاسبتراء؛ لأن من أصلهما شرط الخيار للمشتري لا يمنع وقوع الملك له، وعند أبي حنيفة: يمنع.

ولو كان البيع فاسداً انفسخ البيع ورُدّت إلى البائع إن كان قبل القبض، فلا اسبتراء على البائع في قولهم، وإن كان الفسخ بعد القبض فعلىٰ البائع الاستبراء في قولهم جميعـًا.

ولو أَسَرَها العدو ثم عادت إلى المالك بعد الإحراز بدار الحرب، فعليه الاستبراء، ولو أخذها من العدو قبل الإحراز بدارهم، فردت إلى صاحبها فلا استبراء عليه، ولو أبقت إلى دار الحرب ثم عادت إلى صاحبها بوجه من الوجوه، فلا اسبتراء عليه في قول أبي حنيفة؛ لأنهم لم يملكوها، وعندهما: عليه الاستبراء؛ لأنهم ملكوها.

ولو أخذوها في دار الإسلام وهي آبقة وأحرزوها لدارهم، ملكوها في قولهم، فإذا عات إلى مولاها فعليه الاسبتراء في قولهم.

والحيلة في إسقاط الاسبتراء: أن يزوجها البائع قبل البيع من رجل ليست تحته حرة بنكاح، ثم يبيعها ويسلمها إلى المشتري، ثم يطلقها قبل الدخول بها، فتحل للمشتري بغير استبراء، وإن طلقها الزوج قبل القبض، ثم قبضها المشتري، فلا تحل له حتى يستبرئها.

والثاني: أن يزوجها من المشتري أولاً وليست تحته حرة، ثم يستبرئها [قبل الدخول بها]، فيفسد النكاح، وتحل له بغير استبراء، ويسقط جميع المهر عنه في

هذه المسألة، وفي المسألة الأولىٰ على الزوج المطلق نصف المهر للبائع، وله أن يبرئه من ذلك.

ومن اشترىٰ جارية وهي في عدة من الزوج عدة وفاة أو طلاق، وبقي من عدتها يوم أو بعض يوم، وانقضت عدتها بعد قبض المشتري، فلا استبراء عليه، وإن انقضت عدتها قبل القبض، فلا تحل له حتى يستبرئها.

[الِاسْتِبْرَاءُ عِنْدَ ارْتِفَاعِ الحَيْضِ]

ومن اشترىٰ جارية قد حاضت قبل ذلك وارتفع حيضها [لا لحبل ظهر] بها، قال أبو حنيفة: ليس له أن يطأها حتى يعلم أنها غير حامل، ولم يؤقت في ذلك وقتًا، وقال زفر: يسبترئها بسنتين، فيعلم يقينًا أنها غير حامل، ثم يجامعها؛ لأن الولد الموجود في البطن لا يبقىٰ أكثر من سنتين، وقيل: هذا معنىٰ قول أبي حنيفة حيث قال: لا يطأها حتى يعلم أنها غير حامل، وهو اختيار الطحاوي(١).

قال أبو يوسف: يستبرئها بثلاثة أشهر أو أربعة؛ لأنه إذا كان بها حبل يظهر في هذه المدة، فلما لم يظهر دَلَّ على فراغ رَحِمِها من الولد، وقال محمد: يستبرئها بشهرين وخمسة أيام، وروي عنه: أنه يستبرئها بأربعة أشهر وعشرة أيام.

[الِاسْتِبْرَاءُ مَعَ الإِحْرَازِ]

إذا نفل الإمامُ القومَ وقال: من أصاب منكم جارية فهي له، فأصاب واحد من الجند جارية فاستبرأها بحيضة وأراد أن يجامعها، أو باع الإمام الغنيمة من رجل، فاستبرأها بحيضة، وأراد أن يطأها [١٥٤-ب] في دار الحرب، قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يكره له أن يطأها قبل الإحراز بالدار، فإذا أحرزها بدار الإسلام، فعليه أن يسبترئها ثم يطأها، وقال محمد: لا بأس بوطئها.

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٩١.

ولو دخل واحدٌ غانمـًا فغنم جارية واستبرأها في دار الحرب، فليس له أن يطأها في قولهم جميعـًا. والله تعالىٰ أعلم(١).

(١) انظر بالتفصيل: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٤١ - ١٤٦؛ فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ١٨٥ - ١٩٠.

كِتَابُ الرَّهْنِ[1]

[شُرُوْطُ الرَّهْنِ]

قال أبو جعفر رحمه الله تعالىٰ: **(لا يجوز الرهن إلا محوزاً مقبوضـاً [مفرغـًا] خارجـًا من يد راهنه إلى يد مرتهنه، أو إلى يد من يثق به راهنه ومرتهنه)**[2].

[الرَّهْنُ بِالدَّيْنِ المَضْمُوْنَةِ فِي الذِّمَّةِ]

أخذ الرهن بالدين المضمونة في الذمة جائز، أيّ دين كان، سواء كان مما لا يجوز الاستبدال به قبل القبض، أو يجوز الاستبدال به قبل القبض، والرهن منقول أو غير منقول، بعد أن كان مما يقبل البيع والشراء، فإذا صَحَّ الرهن جعل في الحكم، كأن الدين وضع في الرهن وسَلَّمَه إلى المرتهن إذا كان في قيمة الرهن وقت القبض وفاء الدين، وإن كانت قيمته أقل من الرهن، ضمن قدر قيمته الراهن،

---

(١) الرهن: هو الحبس مطلقـًا.

وقال ابن فارس: أصل يدل على ثبات شيء يُمسِك بحق أو غيره.

وعند الفقهاء يطلق على أمرين: على عقده، وعلى الشيء المرهون نفسه، فإذا قصدوا به العقد، عرّفوه بأنه: (حبس شيء مالي بحق يمكن استيفاؤه منه)، وإذا عَنوا به المرهون، عرّفوه بأنه (المال الذي يُجْعل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه). معجم المصطلحات الاقتصادية ص١٨٤.

(٢) مختصر الطحاوي ص٩٢. قال الجصاص في شرحه: «وذلك لقول الله عز وجل: ﴿ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا۟ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وحكم جواز الرهن مأخوذ من الآية، ولم يَرِدْ إلا معقوداً بصفة القبض.

وأيضـًا: فإن الرهن وثيقة، ولا يحصل معناها إلا بحصول يد المرتهن عليه». ٣/ ١٤٧.

وللمرتهن أن يحبس الدين حتى يستوفي جميع الدين قَلَّت قيمته أو كثرت، ولو تفاسخا الرهن ثم أراد المرتهن حبسه بعد التفاسخ، فله ذلك، ولا يبطل الرهن إلا بالرَّدِّ على الراهن على سبيل الفسخ، وإذا هلك الرهن في يده قبل استيفاء شيء من دينه، سقط دينه إذا كان في قيمة الرهن وفاء بالدين وقت قبضه، وإن كان في قيمته فضل على الدين، فيكون المرتهن في الفضل أميناً.

وإن [كانت قيمته] أقل من [الدين][1]، ذهب من دَيْنِه قدر قيمته، ويرجع على الراهن بالفضل، ويذكر الاختلاف في موضعه.

ولو هلك الرهن في يده بعد استيفاء دينه، فعليه رَدّ ما استوفىٰ إلاّ إذا كان سقوط الدين عن الراهن بغير عوض، فإذا هلك في يده هلك أمانة استحساناً عندنا، وقال زفر: هلك بما فيه كما لو استوفىٰ.

ولا يجوز أخذ الرهن بما يصير مضموناً في الذمة في ثاني الحال نحو أن يأخذ من البائع رهناً بالدَّرَك[2]، فالرهن باطل، أو يأخذ رهناً بما يثبت له عليه في المستقبل، فالرهن باطل ثبت بعده أو لم يثبت، وليس له أن يحبس الرهن به.

وإذا هلك في يده قبل الحبس هلك أمانة، وبعد الحبس يهلك مضموناً عليه كالغصب، وليس الرهن كالكفالة، فإنها تجوز بما يصير مضموناً في ثاني الحال، كما إذا كفل بما ذاب له على فلان؛ لأن الكفالة تجوز تعليقها بالخطر؛ لأن للناس

---

(١) في أ (الرهن)، والمثبت من م.

(٢) الدَّرَك بفتحتين وسكون الراء لغة: اسم من أدركت الشيء، والدَّرك كالدَّرْج، والدرج يقال اعتباراً بالصعود، والدرك اعتباراً بالهبوط.

ويقال لما يَلحق الإنسانَ من تبعةٍ: دَرْك، كالدرك في البيع: ما يأخذه المشتري من البائع رهناً بالثمن، خوفاً من استحقاق المبيع.

ومنه ضمان الدرك: ردّ الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع.

انظر: المصباح؛ التوقيف؛ معجم لغة الفقهاء (درك).

بها تعاملاً بخلاف الرهن، ولأن في الرهن إيفاء، وفي الارتهان استيفاء، فيحصل فيه معنىٰ المبادلة كالبيع.

ولو أخذ الرهن بشرط أن يقرضه كذا، فهلك في يده قبل أن يقرضه، هلك بالأقل من قيمته ومما سمّىٰ له من القرض؛ لأنه قبضه بسوم الرهن والمقبوض بسوم الرهن مضمون كالمقبوض بسوم الشراء إذا هلك في يد المساوم يضمن قيمته، وإن قبضه بإذن صاحبه.

ويجوز أخذ الرهن بالأعيان المضمونة بنفسها: كالمهر في يد الزوج، وبدل الخلع في يد المرأة، وبدل الصلح عن القصاص، والمغصوب وغيرها، فله أن يحبس الرهن حتى يسترد العين، فإن هلك الرهن في يده قبل استرداد العين، فإنه يصير مستوفياً للعين.

[حَبْسُ الرَّهْنِ بِهَلاَكِ العَيْنِ]

وإن هلكت العين قبل الرَّدِّ، فله أن يحبس الرهن بضمان العين، فإذا هلك الرهن قبل استيفاء الضمان صار مستوفياً للضمان إذا كان في قيمته وفاء، ولو أخذ المشتري من البائع رهناً [بالمبيع][1]، ذكر في كتاب الصرف: أنه يجوز، وله أن يحبسه حتى يقبض المبيع، وإن هلك في يده قبل قبض المبيع هلك بالأقل من قيمته ومن قيمة المبيع، ولا يصير قابضاً للمبيع بهلاكه، وله أن يقبض المبيع إذا أوفىٰ ثمنه، وعليه أيضاً ضمان الأقل بهلاك الرهن في يده، ولو هلك المبيع قبل القبض والرهن قائم، بطل البيع/ بهلاك المبيع قبل القبض، وعلى المشتري أن يَرُدَّ الرهن. [١٥٥-أ]

ولو هلك في يده قبل الرد، هلك بالأقل، ويجب عليه ضمان الأقل للبائع، ولا يبطل ضمانه بهلاك المبيع وبطلان البيع؛ لأنه بإزاء هلاك المبيع سقط ضمان

(١) في أ (البيع)، والمثبت من م.

الثمن عن المشتري، فصار بطلانه بالعوض؛ فلذلك لم يبطل ضمانه[1].

وروىٰ الحسن عن أبي حنيفة: أنه لا يجوز أخذ الرهن بالأعيان المضمونة بغيرها. هكذا ذكر الكرخي في مختصره.

فإن هلك قبل الحبس هلك أمانة، وإن هلك بعد الحبس صار مضمونـًا عليه ضمان غصب، ولا يجوز أخذ الرهن بالأعيان التي هي أمانة: كالوديعة في يد المودع، والعارية في يد المستعير، والمستأجر في يد المستأجر، ومال المضاربة والبضاعة وغيرها من الأمانات، وليس له أن يحبسه رهنـًا، فإن هلك في يده قبل الحبس هلك أمانة، وإن هلك بعد الحبس هلك مضمونـًا عليه.

وكذلك لو أخذ رهنا بالقصاص، فالرهن باطل على ما ذكرنا، فإن هلك في يده قبل الحبس هلك أمانة، وبعده مضمون، ولا يسقط القصاص بهلاكه[2].

[الرِّهَانُ مَقْبُوْضَةٌ]

وفي الموضع الذي يجوز أخذ الرهن لا يجوز إلا مقبوضـًا بقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

---

(١) «والدليل على أن الرهن مضمون، ليس بأمانة: قول الله تعالىٰ: ﴿فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞۖ فَإِنۡ أَمِنَ بَعۡضُكُم بَعۡضٗا فَلۡيُؤَدِّ ٱلَّذِي ٱؤۡتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، ففرق بين الرهن والأمانة، فدلَّ على أن الرهن ليس بأمانة، وإذا لم يكن أمانة، فهو مضمون.

وأيضـًا ما روي عن عطاء بن أبي رباح: (أن رجلاً رهن رجلاً فرسـًا بدين له عليه، فنفق الفرس، فقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم للمرتهن: (ذهب حقك) [أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ١٠٢؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٦/ ٤١؛ وعزاه الزيلعي إلى مراسيل أبي داود، ومصنف ابن أبي شيبة، ونقل عن عبد الحق في أحكامه: «وهو مرسل وضعيف»، وقول ابن القطان: «ومصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير: ضعيف، كثير الغلط، وإن كان صدوقـًا»، نصب الراية ٤/ ٣١٢]». شرح المختصر ٣/ ١٥١.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٥١، ١٥٢.

ولو أن الراهن مع المرتهن تراضيا: بأن يكون الرهن في يد صاحبه، فإنه لا يجوز، ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه، وبعد التراضي لو أراد المرتهن أن يقبضه ليحبسه رهناً، ليس له ذلك؛ لأن الرهن لم يصح.

ولو تراضيا: على أن يكون الرهن في يد العدل وقبضه العدل، جاز، وقبض العدل كقبض المرتهن، وهذا عندنا، وقال ابن أبي ليلىٰ: لا يصح الرهن إلا بقبض المرتهن.

ولو هلك الرهن في يد العدل هلك على المرتهن، وليس للعدل أن يدفع الرهن إلى الراهن قبل سقوط الدين إلا برضا المرتهن، وليس له أن يدفعه إلى المرتهن بغير رضا الراهن، فإن فعل ذلك، فله أن يسترده ويعيده إلى يده كما كان، وإن هلك قبل الاسترداد، ضمن العدل قيمته.

ولو رضي الراهن والمرتهن: على أن يكون الرهن في يد عدل آخر، أو وضعا في يد المرتهن، أو دفعاه إلى الراهن، فهو جائز.

وليس للعدل بيع الرهن إلاّ أن يكون مسلطاً على بيعه(١).

[بَيْعُ الرَّهْنِ]

والتسليط على البيع على وجهين: إما أن يكون مشروطاً في عقد الرهن، أو لم يكن، ولكنه سلطه على بيعه بعد ذلك.

أما إذا كان التسليط مشروطاً في أصل العقد، فلا يملك الراهن عزله، فكذلك المرتهن، ولا ينعزل أيضاً بموت الراهن ولا بموت المرتهن، فإذا امتنع العدل عن البيع يجبر على البيع، ولو مات العدل بطل التسليط وليس لوارثه ولا لوصيه بيعه.

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٤٧؛ فتاوىٰ قاضيخان ٣/ ٥٤٠.

وأما إذا كان التسليط على البيع بعد عقد الرهن، وللراهن عزله عن ذلك، وينعزل بموته، وللعدل أن يمتنع عن البيع ولا يجبر عليه، كما في سائر الوكالات.

فإن كان مسلطاً على بيعه وإيفاء الثمن منه، يجوز بيعه عند أبي حنيفة بما عزوها وبأي ثمن كان، كالوكيل بالبيع المطلق، فإن باعه بجنس الدين فإنه يقضي من ثمنه الدين، وإن باعه بخلاف جنس الدين، فإنه يبيع الثمن بجنس الدين ويقضي دين المرتهن، وعندهما: يبيعه بالدراهم والدنانير بمثل قيمته أو أقل قدر ما يتغابن الناس فيه، فإن باعه بجنس الدين قضىٰ به الدين، وإن باعه بخلافه صرفه بجنس الدين وأوفىٰ الدين؛ لأنه مسلط على ذلك، وإن باع العدلُ الرهنَ خرجت العين من أن تكون رهناً، ويكون الثمن هو الرهن، قبض الثمن من المشتري أو لم يقبض، حتى أنه لو توىٰ عند المشتري فالتواء على المرتهن، ويسقط دينه بهلاكه إذا كان فيه وفاء، كما إذا هلك في يده، ولا تعتبر قيمة الرهن، وينظر إلى الثمن بعد البيع: ولو استحق الرهن في يد المشتري، كان له أن يرجع بالثمن على العدل؛ لأن حقوق العقد في باب البيع ترجع إلى العاقد [١٥٥-ب] والعدل بالخيار: إن شاء استرد من المرتهن ما أوفاه من الثمن، وعاد دينه على الراهن كما كان، وإن شاء رجع بما ضمن على الراهن وسلم للمرتهن ما قبض، هذا إذا اوفىٰ المرتهن الثمن.

وأما إذا هلك في يده قبل الإيفاء، فليس له أن يرجع إلا على الراهن بما ضمن، وبطل الرهن بالاستحقاق، ويرجع المرتهن بدينه على الراهن.

ولو لم يستحق، ولكن المشتري وجد به عيباً، كان له أن يرده على العدل ويسترد منه الثمن الذي أعطاه، والعدل بالخيار كما ذكرنا في الاستحقاق: إن شاء رجع على المرتهن إن كان أوفاه، وعاد بدينه على الراهن، وعاد الرهن المردود رهناً بالدين، وإن شاء رجع على الراهن.

وإن كان المرتهن لم يقبض الثمن من العدل، فإن رَدَّ العدل ما قبض من الثمن،

فلا يرجع على أحد، وإن كان هلك في يده وضمن من ماله، يرجع بما ضمن على الراهن خاصة دون المرتهن، ويكون المردود رهناً كما كان في الأصل، هذا إذا كان بيع العدل بتسليط مشروط في عقد الرهن، وأما إذا كان بيعه بتسليط من الراهن بعد الرهن، فيرجع العدل بما ضمن على الراهن في الأحوال كلها، ويسلم للمرتهن بما قبض؛ لأنه وكيل الراهن.

[الرَّهْنُ يَكَونُ مُفَرَّغـاً مَقْسُوْمـاً]

ولا يجوز أخذ الرهن إلا مفرغاً مقسوماً؛ لأن القبض من شروط صحة الرهن، فإذا لم يتم القبض، لم يصح الرهن.

بيانه: إذا رهن [عنْدَ][1] رجل داراً فيها متاع دون ما فيها من المتاع، وسَلَّم الدار إلى المرتهن مع المتاع أو بدون المتاع، لم يصح الرهن، وكذلك لو رهن حانوتاً فيه متاع دون ما فيه من المتاع، أو رهن الجوالق دون ما فيه. والحيلة في صحة التسليم: أن يُوْدِعَ أولاً المتاعَ عند المرتهن، ثم يسلم إليه ما رهن، فحينئذٍ يصح التسليم ويصح الرهن.

ولو رهن المتاع الذي في الدار دون الدار، أو رهن الذي في الجوالق دون الجوالق، وخلىٰ بينه وبين الرهن، صَحّ الرهن والتسليم؛ لأن المتاع لا يكون مشغولاً بالدار والوعاء.

ولو رهن أرضاً وفيها زرع وعلى أشجارها ثمر، وسَلَّمها إلى المرتهن صَحّ الرهن، ويدخل في الأرض كل ما كان متصلاً بالأرض؛ لأنهما قصدا الصحة، ولا يصح قصدهما إلا بعد دخول [المتصل][2] بها في الرهن، بخلاف البيع؛ لأن[3] الزرع

(١) في النسختين (عبد)، والمثبت ما يدل عليه السياق.

(٢) في أ (الفصل)، والمثبت من م.

(٣) في م (بخلاف البيع في الزرع).

والثمار لا يدخل فيه إلا بشرط؛ لأن البيع يصح بدونه، فلا يدخل إلا بالشرط الزائد.

ولو رهن الأرض دون ما فيها من الزرع، أو دون ما فيها من الثمار على الأشجار، أو دون الأشجار، أو الزرع دون الأرض، أو رهن الشجر دون الثمر، أو الثمر دون الشجر، فإن الرهن في هذا كله باطل، سواء سَلَّم ما رهن خاصة أو سَلّم ما استثنىٰ؛ لأن كل واحد منهما متصل بصاحبه اتصال جزء بجزء، فصار بمنزلة رهن المشاع، ورهن المشاع باطل إلاّ إذا فَصَل أحدهما من صاحبه، وسلمه إليه مفصولاً، أو أمر المرتهن بالفصل والقبض، فحينئذٍ يجوز.

[رَهْنُ الْمُشَاعِ]

قال: (**ولا يجوز رهن بعض عبد، ولا بعض دار مشاع فيهما**)[1].

رهن المشاع باطل فيما يحتمل القسمة، وفيما لا يحتملها من شريكه أو من غير شريكه، وكذلك ما كان في غلّة المشاع: وهو أن يكون ما رهن متصلاً بغيره، كما ذكرنا قبل هذا.

وإذا قبضه على الفساد يكون أمانة، أو يكون مضموناً، ذكر الكرخي: أنه إذا هلك، هلك أمانة، ولا يذهب من الدَّيْن شيء، وذكر في الجامع الكبير ما يدل على

---

(١) وتكملة عبارة الطحاوي: «... ولا بعض ما سواهما كذلك، كان مما يقسم أو كان مما لا يقسم»، ص٩٣.

وقال الجصاص معللًا: «وذلك لأن كونه مُشاعـًا، يوجب استحقاق القبض بالمُهَايَأة، فإذا كان المعنىٰ الموجب لاستحقاق القبض، الذي هو شرط في صحة العقد مقارنـًا للعقد، لم يصح الرهن.

وإنما كان شرط استصحاب اليد مع بقاء الرهن، من قِبَل أن الرهن لمّا كان وثيقة، وكان لا يحصل معنىٰ الوثيقة فيه إلا بالقبض، فمتىٰ استُحِقَّ القبض، ارتفعت الوثيقة، ومتىٰ ارتفع ذلك، بطل الرهن»، ٣/١٤٨.

أنه يهلك بالأقل من قيمته ومما رهن به[١]؛ لأنه قال: إن كل مال هو محل للرهن الصحيح، فإذا رهنه رهناً فاسداً فهلك في يد المرتهن، يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين، وكل ما ليس بمحل للرهن الصحيح، فلا يكون مضموناً بالرهن الفاسد كالمُدَبَّر وأم الولد.

ولو أنه استحق بعض الرهن بعد صحته، فإنه ينظر: إن كان الباقي بعد ورود الاستحقاق/ محلاً أن يجوز الرهن عليه ابتداءً، فلا يبطل الرهن فيه، ويكون [١٥٦-أ] الباقي محبوساً بجميع الدين، ولكنه يكون مضموناً بحصته من الدين؛ [إذ لو قسّم الدين على قيمته وقيمة ما استحق منه، من حيث إنه لو هلك الباقي، هلك بحصته من الدين][٢].

وإن كان في قيمته وفاء بالدين، فإن كان الباقي بعد ورود الاستحقاق مما لا يجوز رهنه ابتداءً، فإنه يبطل الرهن.

وبيع المشاع جائز، وقد ذكرنا أجناسه في غير هذا الموضع.

[إجارَةُ الرَّهْنِ]

قال: **(ولا يُؤَاجَرُ الرَّهْنُ، ولا يُخْرَجِ من يد من قبضه بحق الرهن إلاّ ببراءة الراهن من الدين كله)**[٣].

اعلم بأن عين الرهن أمانة في يد المرتهن بمنزلة الوديعة، ففي كل موضع لو فعل المُوْدَعُ بالوديعة لا يغرم، فكذلك إذا فعل ذلك المرتهن بالرهن لا يغرم.

---

(١) انظر: الجامع الكبير ص٣٠٥ (دار الكتب العلمية).

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ، وزيدت من م.

(٣) وعبارة متن الشرح: «ولا يُخرج من يد المرتهن إلا بعد قضاء الدين، ولا ينتفع به»، ١٤٩/٣.

إلا أن الوديعة إذا هلكت لا يغرم شيئًا، والرهن إذا هلك سقط الدين، وفي كل موضع لو فعل المُوْدَع بالوديعة يغرم، فكذلك المرتهن إذا فعل بالرهن.

ثم الوديعة لا تودع ولا تعار ولا تؤاجر، فكذلك الرهن ليس للمرتهن أن يؤاجره، فإن آجره بغير إذن الراهن وسَلَّمه إلى المستأجر، فإن هلك في يد المستأجر فالراهن بالخيار: إن [شاء] ضمن المرتهن قيمته وقت التسليم إلى المستأجر، ويكون رهنًا مكانه، وإن شاء ضمن المستأجر، غير أنه إن ضمن المرتهن لا يرجع على المستأجر بما ضمن، ولكن يرجع عليه بأجر ما استوفىٰ من المنافع إلى وقت الهلاك، ويكون له، ولا يطيب له[1].

وإن ضمن المستأجر رجع بالضمان على المرتهن؛ لأنه [غيره][2]، ولا يجب عليه الأجر، ولو سَلَّم واسترده المرتهن صار رهنا كما كان كالمودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاء، عادت وديعة كما كانت، كذلك هاهنا، والأجرة لا تطيب له.

وكذلك لو آجره الراهن بغير إذن المرتهن فلا يجوز، وللمرتهن أن يبطل الإجارة، ولو آجره المرتهن بإذن الراهن، أو الراهن بإذن المرتهن، أو آجر أحدهما بغير إذن صاحبه، ثم أجازه صاحبه، صَحَّت الإجارة وبطل الرهن، وتكون الأجرة للراهن، وولاية قبضها إلى العاقد، ولا يعود رهنًا إذا انقضت مدة الإجارة إلا بالاستئناف، وكذلك لو استأجره المرتهن، صَحَّت الإجارة، وبطل الرهن إذا جَدَّدَ القبضَ للإجارة[3].

---

(١) في م (ولا نصيب له).

(٢) في أ (عشرة)، والمثبت من م.

(٣) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ٣/ ٥٤٨؛ الهداية ٧/ ١٣٣ (دار السِّراج).

[هَلَاكُ الرَّهْنِ]

ولو هلك في يده قبل انقضاء هذه الإجارة أو بعد انقضائها، ولم يحبسه عن الراهن بعد انقضاء مدة الإجارة، صار [غاصباً][(١)]، وليس للمرتهن أن يعِير الرهن، فإن أعاره بغير إذن الراهن وسَلَّمَهُ إلى المستعير، كان للراهن أن يبطلها.

فإن هلك في يد المستعير فالراهن بالخيار: يضمن أيهما شاء، ولا يرجع أحدهما بما ضمن على صاحبه، ويكون الضمان رهناً، فإن سَلّم واسْتَرَدَّهُ من المستعير عاد رهناً كما كان.

ولو أعاره المرتهن بإذن الراهن، أو الراهن بإذن المرتهن، بطل ضمان الرهن، ولا يبطل الرهن حتى أنه لو هلك في يد المستعير، هلك أمانة ولا يسقط شيء من الدين، ولو هلك في يد المرتهن بعد الاسترداد، هلك بالدين، وله أن يحبسه رهناً بخلاف الإجارة، وكذلك لو نقص في استعماله من غير تَعدٍّ لا يذهب من الدين شيء، فكذلك لو استعاره المرتهن من الراهن واستعمله بإذنه، بطل ضمان الرهن، حتى أنه لو هلك في استعماله هلك أمانة.

ولو هلك قبل استعماله، أو بعد الفراغ من الاستعمال، هلك بالدين؛ لأنه لا يذهب عقد الرهن، ولو استعمله الراهن بإذن المرتهن بطل ضمان الرهن، ولا يبطل عقد الرهن، وللمرتهن أن يعيده رهناً، ولا يبطل حقه في حبس الرهن باستعماله بإذنه، وليس للمرتهن أن يرهن الرهن، فإن رهنه بغير إذن الراهن، كان للراهن الأول أن يبطل الرهن الثاني، ويعيده إلى يد الأول، ولو هلك في يد الثاني قبل الإعادة إلى يد الأول، فالراهن الأول بالخيار: إن شاء ضَمَّنَ الأول، وإن شاء ضَمَّنَ الثاني، فإن ضمن المرتهن الأول، فيكون ضمانه رهناً، وملكه المرتهن الأول بالضمان، فصار كأنه رهن ملك / نفسه، ولو هلك في يد المرتهن الثاني، هلك بالدين. [١٥٦-ب]

(١) في أ (قاصا)، والمثبت من م.

وإن ضمن المرتهن الثاني يكو ن الضمان رهناً عند المرتهن الأول، وبطل الرهن عند الثاني، ويرجع المرتهن الثاني على المرتهن الأول بما ضمن وبدينه، ولو رهن المرتهن الأول عند الثاني بإذن الراهن الأول، صَحّ الرهن الثاني، وبطل الرهن الأول، فصار كأن المرتهن الأول استعار مال الراهن الأول فرهنه.

وليس للمرتهن أن يبيع الرهن بغير إذن الراهن، فإن باعه بغير إذنه توقف على إجازة صاحبه، فإن أجازه جاز، ويكون الثمن رهناً، وإن لم يجزه لا يجوز البيع، وله أن يبطله ويعيده رهناً.

(ولو هلك في يد المشتري قبل الإجازة، فلا تجوز الإجازة بعده، ولكن الراهن له أن يُضَمِّن أيهما شاء: فإن ضمن المرتهن، جاز البيع والثمن له، ويكون الضمان رهناً)[١]، وقيل: إنما يجوز البيع بتضمين المرتهن، إذا سلم إلى المشتري أولاً، ثم باعه منه، فأما إذا كان التسليم بعد البيع، فلا يجوز بيعه، ويرجع بما ضمن على المشتري؛ لأن سبب ملكه قد تأخر البيع، فصار كما إذا باع مال غيره بغير إذن صاحبه ثم اشتراه من صاحبه، لا ينفذ بيعه، كذلك هاهنا، إلا أن في ظاهر الرواية أنه قال: بأنه يجوز البيع بتضمين المرتهن، ولم يفصل.

وإن اختار الراهن تضمين المشتري، بطل البيع، ويكون الضمان رهناً، ويرجع على البائع بالثمن، وكذلك إذا باعه الراهن بإذن المرتهن، أو باعه أحدهما ثم أجازه صاحبه، صَحَّ البيع ويكون الثمن رهناً، بخلاف الإجارة فإنها تبطل الرهن، وليس له على الأجرة سبيل، وليس له أن يهب الرهن ولا يتصدق به بغير إذن الراهن، فإن فعل بغير إذنه لا يجوز، وللراهن أن يبطله ويعيده رهناً.

ولو هلك في يد الموهوب له، أو في يد المتصدق عليه قبل الإعادة، فالراهن يضمن أيهما شاء: وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه، ويكون الضمان رهناً عند

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

المرتهن، ولو وهب أو تصدق بإذن الراهن، جازت الهبة والصدقة، وبطل الرهن، وليس له أن يودعه عند أجنبي ليس هو في عياله، وله أن يدفعه إلى بعض من هو في عياله؛ لأن يد هؤلاء كيده.

وليس له أن ينتفع بالرهن بغير إذن الراهن، نحو: أن يكون مصحفاً فليس له أن يقرأ فيه، وإن كان ملبوساً فليس له أن يلبسه، وإن كان مركوباً فليس له أن يركبه، وما أشبه ذلك من الانتفاع به، فإن فعله بغير إذنه فهلك في استعماله، ضمن، وإن فعله بإذن الراهن فهلك في استعماله، هلك أمانة.

وبعد الفراغ من الاستعمال، أو قبل أن يأخذ في الاستعمال إذا هلك، هلك بالدين، وما كان يعد حفظاً ولا يعد استعمالاً، فلا يضمن إلاّ أنه يسقط الدين بهلاكه، كالخاتَم إذا أدخله في أصبعه، لا يتختم به في العادة، وكالثوب إذا ألقاه على عاتقه ولم يلبسه، وكما إذا كان الرهن ثلاثة سيوف فتقلد بهن ولا يفعل في العرف والعادة، فتكون حفظاً لا استعمالاً، فلا يضمن إذا هلك.

وإن كان سيفين فَتَقَلَّدَ بهما، ضمن إذا هلك؛ لأن الرجل[(١)] ربما تقلد بسيفين، وكذلك إذا لبس خاتمين؛ لأنه قد يفعل به في العرف والعادة[(٢)].

[رَهَنَ عَبْدَ ابْنِهِ الصَّغِيْرَ]

قال: **(وجائز للرجل أن يرهن عبد ابنه الصغير [بالدَّين الذي]**[(٣)] **على الأب قليلاً كان أو كثيراً)**، وكذلك الوصي، وإنما جاز ذلك؛ لأنهما يملكان بيع مال الصغير بِدَيْنِهِمَا، ويملكان الإِيْدَاع، والرهن لا يخلو من أحد هذين الوجهين، فإن هلك العبد في يد المرتهن قبل أن يفتكّه الأب والوَصِيُّ، هلك بالأقل من قيمته

(١) في م (لأن الرجل لا يتقلد بسيفين).
(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٤٩، ١٥٠؛ فتاوىٰ قاضيخان ٣/ ٥٤٩.
(٣) في النسختين (بدين)، والمثبت من المختصر ص٩٣.

ومما رهن به، وما سقط من الدين بهلاكه يضمن الأب لولده، أو الوصي لليتيم.

ولو أدرك الولد والرهن قائم عند المرتهن، فليس له أن يسترده قبل قضاء الدين، ويؤمر الأب بقضاء الدين، ويرد الرهن على / ولده. [١٥٧-أ]

ولو قضىٰ الولد دين أبيه وافتك الرهن، فلا يكون متبرعـًا، ويرجع بجميع ما قضىٰ على أبيه؛ لأنه مضطر في قضاء هذا الدين فلا يكون متبرعـًا، كرجل استعار من رجل عبده ليرهنه فرهنه، ثم أن [المعير] قضىٰ دين المستعير وأفتكَّ الرهن، فإنه يرجع بجميع ما قضىٰ على المستعير ولا يكون متبرعـًا، كذا هاهنا، سواء كان في قيمة الرهن وفاء بالدين (أو لم يكن، وذكر الكرخي: أنه يرجع على المستعير بما أَدَّىٰ إذا كان في قيمة الرهن وفاء بالدين)[1]، وإن كانت القيمة أقل من الدين، فإنما يرجع عليه بقدر قيمة الرهن لا غير، كما كان يرجع عليه عند الهلاك في يد المرتهن، وكذلك حكم الوصي في جميع هذا كالأب[2].

ويفترق حكم الأب والوَصِيِّ في فصل آخر: وهو أنه يجوز للأب أن يرتهن مال ولده الصغير بدين يثبت له عليه، فإذا هلك يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين، ولو أدرك الولد ليس له أن يسترده إذا كان الأب أشهد على الارتهان، فإن لم يُشْهِدْ على ذلك، فلا يصدق عليه بعد الإدراك، إلا بتصديق الولد، ويجوز له أن يرهن ماله عند ولده الصغير بدين له عليه ويحبسه لأجل الولد، فإذا هلك بعد ذلك، يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين إذا كان أشهد عليه قبل الهلاك، وإن كان لم يُشْهِدْ عليه قبل الهلاك، فلا يصدق إلّا إذا صدق الولد بعد الإدراك.

والوصي لو فعل هذا مع مال اليتيم، فإنه لا يجوز رهنه ولا ارتهانه، أما على قول محمد فلا يشكل؛ لأنه لا يجوز بيع مال اليتيم من نفسه ولا شراء مال اليتيم،

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٥٠.

فكذلك الرهن، وعلى قولهما: يجوز البيع والشراء إذا كان خيراً لليتيم؛ (لأن الرهن [عندهما]: يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين.

[ضَيَاعُ الرَّهْنِ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ أَو الأَمِينِ]

قال: (**وإذا ضاع الرهن في يدي المرتهن، أو في يد الأمين عليه**)[1] يعني: في يد العدل، فإنه ينظر إلى قيمة الرهن وقت القبض وإلى الدين: فإن كانت قيمته مثل الدين، سقط الدين بهلاكه، وإن كانت قيمته أكثر من الدين، سقط الدين أيضاً، وهو في الفضل أمين، وإن كانت قيمته أقل، سقط من الدين قدر قيمة الرهن، ويرجع المرتهن على الراهن بفضل الدين، وهذا كله عندنا، وقال الشافعي: يهلك الرهن أمانة ولا يسقط من الدين شيء[2].

وقال شُرَيْح القاضي: يسقط جميع الدين بهلاكه قَلَّت قيمته أو كثرت، وإن كان الرهن خاتماً من حديد والدين ألف درهم، سقط جميع الدين.

وروي عن أبي حنيفة أنه قال: يَتَرَادَّان الفضل، يعني يضمن المرتهن فضل القيمة، كما يضمن الراهن فضل الدين[3].

---

(١) مختصر الطحاوي ص٩٣، وفي متن الشرح: «... في يدي المرتهن، ضاع بالأقل مما هو مضمون به، ومن الدين»، ٣/ ١٥١.

(٢) قال النووي: «ولو تلف مرهون بآفة، بطل»، المنهاج (مع مغني المحتاج) ٢/ ١٤١. انظر: المهذب ٣/ ٢٣٢؛ الروضة ٤/ ٩٨؟

(٣) قال الجصاص في الشرح: «والدليل على أن الرهن مضمون، ليس بأمانة: قول الله تعالىٰ: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، ففرَّق بين الرهن والأمانة، فدل على أن الرهن ليس بأمانه، وإذا لم يكن أمانة، فهو مضمون. واتفقت الصحابة على ضمانه أي: الرهن ـ إلا أنهم اختلفوا في كيفية الضمان ...» ٣/ ١٥١. ثم انظر بالتفصيل اختلاف السلف في كيفية الضمان: ٣/ ١٥٢ - ١٥٦.

[تَصَرُّفُ الرَّاهِنِ فِي الرَّهْنِ]

قال: (وإذا أعتق الراهن العبد المرهون، صار حراً وخرج من الرهن)[(١)].

اعلم بأن الراهن إذا تصرف في الرهن قبل سقوط الدين، فتصرفه لا يخلو: إما أن يتصرف تصرفاً يلحقه الفسخ: كالبيع، والكتابة، والإجارة، والهبة، والصدقة، والإقرار ونحوها.

وإما أن يتصرف تصرفاً لا يلحقه الفسخ: كالاستيلاد، والعتق، والتدبير.

أما إذا تصرف تصرفاً يلحقه الفسخ بغير رضا المرتهن، لا يجوز ذلك التصرف في حق المرتهن، ولا يبطل حقه في الحبس، وإذا قضىٰ الراهن الدين وبطل حق المرتهن في حق الحبس، نفذت تصرفات الراهن، وإن أجاز المرتهن تصرف الراهن، نفذ، وبطل الرهن، والدين على حاله، إلاّ في البيع خاصة: أنه يكون الثمن رهناً مكان البيع، وكذلك لو كان تصرفه في الابتداء بإذن المرتهن، نفذت تصرفاته.

وأما إذا تصرف الراهن تصرفاً لا يلحقه الفسخ، فإنه ينفذ ويبطل الرهن، وعند الشافعي: لا يعتق والرهن على حاله[(٢)]، فلما صَحَّ العتق عندنا، صار حراً وخرج من الرهن، ثم ينظر: إن كان الراهن موسراً فلا سعاية على العبد، والضمان على الراهن، فإن كان الدين حالاً يجبر الراهن على قضاء الدين، وإن كان الدين مؤجلاً وحَلّ الأجل فكذلك، وإن لم يحل / الأجل بعد، فيأخذ المرتهن من الراهن قيمة العبد، فيحبسها رهناً مكان العبد، فإذا حَلّ الأجل ينظر: إن كانت القيمة من جنس [١٥٧-ب]

---

(١) مختصر الطحاوي ص٩٣.

(٢) إذا أعتق الراهن العبد، ففيه ثلاثة أقوال: «والصحيح: أنه إن كان موسراً صَحّ، وإن كان معسراً لم يصح؛ لأنه عتق في ملكه يبطل به حق غيره». المهذب ٣/ ٢٢٠؛ وقال النووي: «هو الأظهر». انظر: المنهاج (مع المغني) ٢/ ١٣١؛ الروضة ٤/ ٧٥.

الدين استوفىٰ دينه وَرَدّ الفضل على الراهن، إن كان في القيمة فضل على الدين، وإن كانت القيمة أقل من الدين رجع بالفضل.

وإن كانت القيمة من خلاف جنس الدين، حبسها بالدين كما كان يحبسها قبل حلول الأجل.

وإن كان الراهن معسراً فللمرتهن أن يستسعي العبد في الأقل من ثلاثة أشياء: سواء كان دينه حالاً أو إلى أجل، فينظر إلى قيمة العبد وقت الرهن، وإلى قيمته وقت العتاق، وإلى الدَّيْن الذي رهن به، فيسعىٰ العبد في الأقل من هذه الأشياء الثلاثة، ثم يرجع على الراهن إذا أيسر بما سعىٰ؛ لأنه قضىٰ دينه مضطراً، كالوارث إذا قضىٰ دين الميت فلا يكون متبرعاً، ويرجع على التركة، كذلك هاهنا.

ويرجع المرتهن أيضاً ببقية دينه إن بقيت له من دينه، نحو: أن يرهن عبداً قيمته ألف بألفين، ثم إذا زادت قيمة العبد في يد المرتهن، ثم أعتقه الراهن وهو معسر، فإنّ على العبد أن يسعىٰ في ألف درهم قدر قيمته وقت الرهن، ألا ترىٰ أنه لو مات سقط من الدين ألف درهم، فثبت أن الضمان فيه ألف درهم، ولو كانت قيمته وقت الرهن ألف درهم، ثم انتقصت قيمته في السعر حتى صارت قيمته تساوي خمسمائة، ثم أعتقه الراهن وهو معسر، فعلىٰ العبد أن يسعىٰ في خمسمائة قدر قيمته وقت العتق؛ لأنه إنما حبس من ماليته بالعتاق هذا القدر، فلا ضمان عليه أكثر مما حبس.

ولو كان الدين خمسمائة والقيمة ألف درهم في الحالين، فعليه أن يسعىٰ في الدين خاصة؛ لأن حقه الدين فلا يزيد عليه.

ولو لم يعتقه الراهن ولكنه دَبَّره، فَقَدَ تدبيره وبطل الرهن، وليس للمرتهن حبسه بعد التدبير، وينظر: إن كان الراهن موسِراً والدين حالّ، أخذ جميع دينه منه، وإن كان الدين مُؤَجّلاً، فيأخذ قيمته من الراهن، ويكون رهنًا مكانه، كما في العتق، وإن كان

الراهن معسرًا والدين حالّ، فإنه يستسعىٰ العبد في جميع دينه بالغًا ما بلغ.

وإن كان الدين مؤجلًا فيستسعيه في جميع القيمة ويحسبها رهنًا مكانه، فوقع الفرق بين التدبير والإعتاق في موضعين: أحدهما: أن في العتاق إذا كان الراهن معسراً يجب على العبد السعاية في الأقل من ثلاثة أشياء على ما ذكرنا، وفي التدبير يجب عليه السعاية في جميع الدين بالغًا ما بلغ، ولا ينظر إلى القيمة إذا كان الدين حالًا، وإن كان الدين مؤجلًا فعليه السعاية في جميع القيمة(١).

[الفرق بين الإعتاق والتدبير في الرجوع بما سعىٰ]

والثاني: أن في الإعتاق يرجع العبد بما سعىٰ على الراهن، وفي المدبر لا يرجع، وإنما كان كذلك؛ لأنه بالتدبير لم يخرج من أن تكون سعايته حال الولاء فلا يرجع، ويسعىٰ في جميع الدين، وفي الإعتاق خرج من أن تكون سعايته مالاً للراهن.

ولو كان الرهن جارية فحبلت عند المرتهن فادّعاه الراهن أنه منه، فهذا على وجهين: إمّا ان يدعيه قبل الوضع أو بعده: فإن ادعاه قبل الوضع صَحَّت دعوته، وثبت نسبه منه، فصار حراً قبل أن يدخل في الرهن، وصارت الجارية أم ولد له، وخرجت عن الرهن ولا سعاية على الولد بحال، ويكون حكم الجارية كحكم العبد المرهون إذا دبره الراهن، فيكون حكمها كحكم المدبر في جميع ذلك ما ذكرنا.

ولو كانت الجارية وضعت حملها أولاً ثم ادَّعَاه الراهن، صَحَّتْ دعوته أيضًا، وثبت نسب الولد منه، وعتق بعدما دخل في الرهن، وصارت له حصة من الدين، وصارت الجارية أم ولد له، وخرجت من الرهن، فيقسم الدين على قيمة الجارية يوم رهنت وعلى قيمة الولد يوم الدعوة، فيكون حكم الجارية في حصتها من الدين كحكم المدبر في جميع الدين على ما ذكرنا.

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٥٦، ١٥٧.

وأما / حكم الولد في حصته من الدين كحكم المعتق في جميع ما ذكرنا، إلا [١٥٨-أ] أن هاهنا ينظر إلى شيئين: إلى قيمة الولد وقت الدعوة، وإلى حصته من الدين، فيستسعىٰ في أقلهما إذا كان الراهن معسراً، ويرجع بما سعىٰ عليه.

[الزِّيَادَةُ فِي الرَّهْنِ]

قال: (**والزيادة في الرَّهْنِ جَائِزَةٌ لاحِقَةٌ بالدين**)(١).

اعلم أن زيادة الراهن على الرهن جائزة عندنا، والقياس أن لا يجوز، وهو قول زفر، فلما جازت الزيادة عندنا كان للمرتهن أن يحبسهما جميعاً بالدين، ولا سبيل على واحد منهما حتى يقضي جميع الدين، ويقسم الدين بينهما على قيمة الرهن الأصلي وقت الرهن، وعلى قيمة الزيادة وقت الزيادة، فأيهما هلك، هلك بحصته من الدين، ولا يعتبر بغير قيمتها بعد ذلك إلى زيادة أو إلى نقصان.

ثم زيادة الرهن على الرهن عندنا على ثلاثة أوجه: في وجه تَصِحُّ، وفي وجه لا تَصِحُّ، وفي وجه صحتها مَوْقُوفَة.

أما الوجه الذي يصح: فهو الزيادة على الرهن قبل قضاء الدين، ويكون الحكم فيه على ما ذكرنا.

وأما الوجه الذي لا يصح: فهو أن يزيد على الرهن [بعد](٢) قضاء الدين؛ لأنّ صحة الرهن بالدين والدين معدوم.

---

(١) مختصر الطحاوي ص٩٤. قال الجصاص في الشرح: «كان القياس عندهم: أن لا تجوز؛ لأن فيها تحويل ضمان بعض الرهن إلى الزيادة، وذلك الضمان لا يرتفع إلا بارتفاع السبب الموجب له: وهو القبض، والقبض باقٍ لم يرتفع، فهذا هو القياس، إلا أنهم تركوا القياس؛ لأن الزيادة تلحق العقد، وتصير كأنها كانت موجودة فيه، فكأنه رهنهما معاً»، ٣/ ١٥٩.

(٢) في أ (فقد)، والمثبت ما يدل عليه السياق.

والذي صحتها مَوْقُوْفَةٌ: فهي الزيادة على ضمان الرهن بعد هلاك الأصل، نحو أن يرهن جارية فولدت الجارية ولداً ثم هلكت الجارية عند المرتهن، سقطت حصتها من الدين بعد ما قسم الدين على قيمتها وقت الرهن، وعلى قيمة ولدها وقت الفِكَاك[١]، ثم إن الراهن زاد رهناً على الولد بعد)[٢] هلاك الأم، فإن هاهنا يحتاج أولًا أن يقسم الدَّين بين الولد وبين الأم على قيمة الأم وقت الرهن، وعلى قيمة الولد للحال، فما كان بإزاء الأم سقط بهلاكها، وما كان منه بإزاء الولد بقي، ثم يقسم حصة الولد من الدين بين الولد وبين الزيادة على قيمة الولد يوم الفِكَاك، وعلى قيمة الزيادة وقت الزيادة، ولكن حكم الزيادة موقوف، إن بقي الولد إلى وقت الفكاك صَحّت الزيادة، وقسم الدين في موضعين على ما بيّنا.

وإن هلك الولد بطلت الزيادة؛ لأنه لما هلك الولد صار في الحكم كأن لم يكن، وتبيّن أن الأم هلكت بجميع الدين، وإن هذه الزيادة حصلت بعد سقوط الدين، ولم يصح، فلو هكت هذه الزيادة في يد المرتهن، فلا ضمان على المرتهن، وتكون أمانة عنده إلا إذا حبسها عن الراهن، صارت مضمونة عليه بالحبس، ولو لم يهلك الولد، ولكن هلكت الزيادة وبقي الولد إلى وقت الفكاك، هلكت بحصتها من الدين.

ولو هلك الولد بعدما هلكت الزيادة، صار كأن لم يكن، وتبيّن أن الأم ذهبت بجميع الدين، وأن الزيادة كانت باطلة، وهلكت أمانة عند المرتهن، هذا إذا زاد على النماء بعد هلاك الأصل.

وأما إذا زاد عليهما جميعاً، فلا عبرة للنماء في حق الزيادة، والزيادة صحيحة، ويقسم الدَّين بين الأم وبين الزيادة على قيمة الأم وقت الرهن، وعلى قيمة الزيادة وقت الزيادة، فما كان بإزاء الأم يقسم بينها وبين ولدها على قيمة الأم وقت الرهن، وعلى قيمة ولدها وقت الفكاك إن بقي إلى وقت الفكاك، وإن لم

(١) «وفِكَاك الرهن بفتح الفاء وكسرها-: ما يفتك به». مختار الصحاح (فَكَّ).
(٢) ما بين القوسين ساقطة من م، وتقدر الساقطة قدر أربع صفحات بالمبطوعة.

يبق وهلك الولد، صار كأنه لم يكن وعادت حصته من الدين إلى أمه، ولا يسقط بهلاكه شيء من الدين.

ولو هلكت الزيادة ذهبت بحصتها من الدين، وكذلك لو هلكت الأم ذهبت بحصتها من الدين، وأما الزيادة على الدين في الرهن فجائزة عند أبي يوسف، كزيادة الرهن على الرهن، ولا يجوز ذلك في قول أبي حنيفة، ومحمد، وزفر نحو: أن يرهن عند رجل عبداً بألف درهم يساوي ألفين، ثم يستقرض الراهن من المرتهن ألفاً آخر على أن يكون العبد رهناً بهما جميعاً، فإنه يكون رهناً بالألف الأول خاصة.

ولو هلك يهلك بالألف الأول ولا يهلك بالألفين، وإن كانت قيمته ألفين[1].

[الِاخْتِلَافُ فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ]

ولو قضاه الراهن ألفاً فقال: إنما قضيتها عن الألف الأول، فله أن يسترد العبد، [١٥٨-ب] فأبو يوسف سَوَّىٰ بين المسألتين وقال: تجوز الزيادة على الرهن، وزيادة الدين على الرهن، وزفر سَوَّىٰ بينهما وقال: لا يجوز كلاهما، وأبو حنيفة ومحمد فَرَّقا بينهما وقالا: زيادة الرهن جائزة، وزيادة الدين على الرهن لا تجوز؛ لأن زيادة الرهن تؤدي إلى شيوع الدين، وزيادة الدين على الرهن تؤدي إلى شيوع الرهن، وشيوع الدين لا تمنع صحة الرهن؛ لأنه لو رهن بنصف الدين رهناً جاز الرهن، وشيوع الرهن تمنع صحة الرهن؛ فلذلك افترقا.

[جناية العبد المرهون]

قال: **(وإذا جنىٰ العبد المرهون جناية)**[2] فهذا لا يخلو: إما أن تكون جنايته في بني آدم، أو في الأموال:

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٥٩، ١٦٠؛ متن القدوري (مع الترجيح) ص٢٠٠.
(٢) مختصر الطحاوي ص٩٤.

وجنايته في بني آدم على ضربين: جناية مُوْجِبة للقصاص، وجناية موجبة للدفع أو الفداء، وقيمة العبد لا تخلو: إما أن تكون مثل الدين، أو أقل، أو أكثر:

أما إذا كانت جنايته موجبة للقصاص نحو: أن يقتل نَفْساً عمداً والقاتل بالغ عاقل، فلولي القتيل: أن يقتل العبد قصاصاً، وصار كأن العبد مات في يد المرتهن حتف أنفه، وقد ذكرنا حكمه.

وأما إذا كانت جنايته موجبة للفداء أو الدفع نحو: أن يقتل نفساً خطأً أو شِبْهَ عَمْدٍ، أو قتل عمداً، والقاتل غير بالغ أو مجنون، أو كانت جنايته فيما دون النفس خطأً كانت أو عمداً، فهذه الجنايات كلها توجب الدفع أو الفداء، فإنه ينظر: إن كان العبد كله مضموناً مثل أن تكون قيمته مثل الدين أو دونه، فيخاطب المرتهن أولاً بالفداء حتى تظهر رقبة العبد عن الجناية، فإن اختار فِدَاءَهُ فَدَاهْ بجميع أَرْش الجناية بالغاً ما بلغ، ويكون متبرعاً في الفداء، وظهرت رقبة العبد عن الجناية، وله أن يحبسه رهناً كما قبل الجناية، وإن اختار الدفع، فلا يملك الدفع؛ لأنه لا يملكه، ولكن يرده على الراهن ويخاطب الراهن بالدفع أو الفداء، فإن اختار الراهن الدفع ودفعه إلى ولي الجناية، فصار كأن الرهن مات عند المرتهن، وإن اختار الفداء فداه بأرش الجناية، فلا يكون متبرعاً، ويصير قاضياً[1] بما فدىٰ دين المرتهن، فينظر إلى ما فدىٰ وإلى قيمة العبد، فإن كان في أقلهما وفاء سقط دين المرتهن، وإن كان ما فدىٰ أقل من الدين سقط من الدين قدر الفداء، ويحبس العبد بالباقي رهناً.

وإن كانت قيمته أقل من الدين، والفداء قدر الدين أو أكثر، وإنما سقط من الدين قدر قيمة الرهن، ولا يسقط أكثر منها؛ لأنه لو هلك لا يسقط من الدين أكثر منها، فكذلك عند الفداء[2].

---

(١) في م (قابضًا).

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٦٠.

[العَبْدُ الجَانِي لَو كَانَ بَعْضُه مَضْمُوْنـاً]

ولو كان العبد بعضه مضموناً وبعضه أمانة، [نحو: أن تكون قيمته ألفين، والدين ألف درهم، فيكون نصفه مضمونًا، ونصفه أمانة][١]، ففداء قدر المضمون منه على المرتهن، وفداء قدر الأمانة على الراهن، فيخاطبان جميعاً بالدفع أو بالفداء.

ثم هذا لا يخلو من أربعة أوجه: إما أن يختارا الفداء، أو يختارا الدفع، أو يختار الراهن الفداء والمرتهن الدفع، أو يختار المرتهن الفداء والراهن الدفع، وإما أن يكونا حاضرين، أو أحدهما حاضراً والآخر غائباً.

أما إذا كانا حاضرين واختارا جميعاً الدفع فدفعا: صار كأن العبد مات عند المرتهن وسقط دينه، وإن اختارا جميعاً الفداء: فعلىٰ كل واحد منهما نصف الأرش، وظهرت رقبة العبد عن الجناية، ويصير رهناً كما كان، ويكون متبرعاً، ولا يرجع أحدهما بما فدىٰ على صاحبه.

وإن اختار أحدهما الفداء والآخر الدفع، فيقال للذي اختار الفداء: أيهما كان أفدىٰ العبد بجميع أرش الجناية، ولا يملك الآخر دفعه، ثم ينظر: إن كان الذي اختار الفداء هو المرتهن، فداه بجميع الأرش، ظهرت رقبة العبد عن الجناية، ويكون رهناً كما كان، ولا يرجع على الراهن إلا بدينه خاصة.

وإن كان الذي اختار الفداء هو الراهن، ففداه بجميع الأرش، يكون قاضياً بنصف الفداء دين المرتهن، ولا يكون متبرعاً، فإن كان نصف الفداء فيه وفاء / بدينه، سقط الدين، وإن لم يكن فيه وفاء بالدين، رجع بالفضل على الراهن [١٥٩-أ] ويحبسه رهناً به.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

وإن كان أحدهما حاضراً والآخر غائباً، فليس للحاضر منهما ولاية الدفع، وله ولاية الفداء بجميع الأرش، وإن كان الحاضر هو المرتهن ففداه بجميع الأرش، لا يكون متبرعاً في نصف الفداء عند أبي حنيفة، وله أن يرجع على الراهن بدينه وبنصف الفداء، ولكنه يحبس العبد رهناً بالدين، وليس له حق حبس العبد رهناً بنصف الفداء بعد قضاء الدين.

وفي قولهما: يكون المرتهن متبرعاً في الفداء، ولا يرجع على الراهن إلا بدينه خاصة، كما لو فداه بحضرة الراهن، ولو كان المرتهن غائباً ففداه الراهن لا يكون متبرعاً في نصف الفداء بالإجماع، ويكون قاضياً بنصف الفداء دين المرتهن، كما لو فداه الراهن بحضرة المرتهن.

ولو استهلك العبدُ المرهونُ مالاً لإنسان، صار ذلك ديناً في رقبته يُبَاع فيه، إلاّ إذا قضىٰ دينه الراهن أو المرتهن، فإذا [قضىٰ ما] لَحِقَه من الدين أحدهما، فيكون الحكم فيه ما ذكرنا في الفداء من الجناية في بني آدم، وإن امتنعا عن قضاء دينه، بِيْعَ العبدُ في الدين، وإذا لم يفضل من ثمنه شيء، صار كأَنَّ العبد مات عند المرتهن، وإن فضل من ثمنه شيء صرف ذلك إلى المرتهن، إلا أن يكون نصف العبد مضموناً ونصفه أمانة، فما فضل من الثمن عن الدين صرف نصفه إلى المرتهن ونصفه إلى الراهن.

وكذلك لو كان المضمون منه والأمانة على التفاضل، فإنه يصرف عن الفضل بإزاء المضمون إلى المرتهن، وبإزاء الأمانة إلى الراهن.

ولو جنىٰ العَبْدُ المَرْهُوْنُ جناية على الراهن أو على ماله، فهي هدر بالإجماع؛ لأنه ملكه، ولو جنىٰ على المرتهن أو على ماله، فإنه ينظر: إن كان جميعه مضموناً بدين المرتهن، فجنايته هدر في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: معتبرة، إلا أن يقول المرتهن: أنا لا أبغي الجناية؛ لما في الدفع أو الفداء من سقوط ديني، فله ذلك، وبطلت الجناية.

[العَبْدُ الجَانِي كَانَ بَعْضُه مَضْمُوْنـًا وَبَعْضُه أَمَانَةً]

وأجمعوا: أن العبد لو كان بعضه مضمونـًا وبعضه أمانة، فجنايته معتبرة، فيقال للراهن: إن شئت فادفع، وإن شئت فافْدِهِ.

وإن دفعه وقَبِلَ المرتهن، بطل الدين كله، وصار العبد كله للمرتهن، وإن اختار الفداء: فنصف الفداء على الراهن، ونصفه على المرتهن، فما كانت حصة المرتهن تبطل، وما كانت حصة الراهن تفدىٰ، والعبد رهنـًا على حاله.

ولو جنىٰ العبد المرهون على نفسه، صار كَأَنَّهُ ذهب كله بآفة سماوية، وسقط من الدَّيْنِ بقدر النقصان إن كان جميعه مضمونـًا، وإن كان بعضه مضمونـًا وبعضه أمانة، سقط من الدَّيْنِ قدر ما انتقص من المضمون دون الأمانة.

ولو كان الرهن عبدين، فجنىٰ أحدهما على صاحبه، فإن كان كل واحد من العبدين مضمونـًا كله، فجنايته هَدَر، وصار كأن المجني عليه هلك بآفة سماوية، ولا يتحول إلى الجاني ما سقط من الدين بالجناية.

وإن كان كل واحد منهما بعضه مضمونـًا وبعضه أمانة، فإنه ينظر إلى الفارغ من الجاني: إن كان نصفه فارغـًا ونصفه مشغولاً بالدين، يتحول إليه من حصة المجني عليه من الدين بنصف ما سقط بالجناية.

وإن كان الفارغ منه ثُلُثَهُ، فإنه يتحول إليه ثُلُثِ ما سقط بالجناية على هذا القياس، وهذا كله إذا جنىٰ العبد المرهون[1].

[الجِنَايَةُ بِالنَّفْسِ عَلَىٰ العَبْدِ]

فأما إذا جنىٰ عليه فلا يخلو: إما أن جنىٰ عليه في النفس، أو فيما دون النفس،

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٦١.

ولا يخلو: إما أن يكون الجاني حراً أو عبداً:

أما إذا قتل وقاتله حُرٌّ فإنه ينظر: إن قتله عمداً فلا قصاص على قاتله، وإن اجتمعا عليه الراهن والمرتهن لجهالة ولي القصاص، وعلى القاتل قيمة المقتول في ماله في ثلاث سنين، وتكون القيمة رهناً، وإن قتله خطأ أو شِبْهَ عمد، فالقيمة على العاقلة في ثلاث سنين، وتكون رهناً، وإن كان قَاتِلُه عبداً أو أمة، يخاطب سيده بالدفع أو الفِدَاء بقيمة/ المقتول. [١٥٩-ب]

فإن اختار الدفع قام القاتل مقام المقتول لحماً ودماً، فصار كَأَنَّ المقتولَ حَيٌّ، سواء كان في قيمة القاتل وفاء بقيمة المقتول أو لم يكن، ويجبر الراهن على الفِكَاك بجميع الدين، كما يجبر على فكاك المقتول بجميع الدين في قولهما.

وفي قول محمد: الراهن بالخيار: إن شاء افتكه بجميع الدين، وإن شاء تركه للمرتهن بدينه، إلاّ أن يكون نصف المقتول مضموناً ونصفه أمانة، فإذا اختار الترك يترك للمرتهن نصفه بدينه ويسترد نصفه، فإن اختار مولىٰ القاتل الفداء فَداه بقيمة المقتول، فتكون القيمة رهناً عند المرتهن، فإن كانت القيمة من جنس الدين استوفىٰ المرتهن بدينه.

وإن كانت من خلاف جنسه حبسها رهناً حتى يستوفي جميع دينه، ويجبر الراهن على الفكاك في قولهما، وقال محمد: يخيّر الراهن بين الفكاك بجميع الدَّيِنْ، وبين الترك للمرتهن بالدين.

[الجِنَايَةُ عَلَىٰ العَبْدِ فِيمَا دُوْنَ النَّفْس]

وإن جنىٰ عليه فيما دون النفس، والجاني حر عمداً أو خطأً، فيجب أرشه في ماله لا على عاقلته، فيكون الأرش رهناً مع العبد.

فلو كان مملوكاً يخاطب مولاه بالدفع أو بالفِدَاء بأَرْش الجناية، فإن اختار

الفداء بالأرش، يكون الأرش مع المجني عليه رهنـًا، وإن اختار الدفع يكون الجاني مع المجني عليه رهنـًا، والخصومة في ذلك كله إلى المرتهن لا إلى الراهن؛ لأن للمرتهن حقـًا قويـًا يُشْبِهُ المِلْكَ، فيعيد الواجب بالجناية إلى يده ليحبسه رهنـًا(١).

[نَمَاءُ الرَّهْنِ وزِيَادَتُهُ]

قال: **(وإذا ولدت أمة الرهن من غير مولاها، أو أثمرت نخلة مرهونة)**(٢).

نماء الرهن وزيادته على ضربين: منها ما لا يدخل في الرهن، ويكون للراهن، ومنها ما يدخل في الرهن ويكون للمرتهن حق حبسه مع الأصل؛ حتى يستوفي جميع دينه:

أما الزيادة التي لا تدخل في الرهن: [فهي] الكسب، والهبة، والصدقة؛ لأن هذه الزيادة ليست برهن ولا بدله ولا جزءاً منه، ولا بدل جزء منه.

وأما الزيادة التي تدخل في الرهن: فهي ما تولدت من الأصل: كالولد والثمر، واللبن، والصوف، والأرش، والعقر وما أَشْبَهَ ذلك من الزوائد المتولدة من الأصل، فإنها تدخل في الرهينة، وينقسم الدَّيْن على قيمة الأصل يوم الرهن ولا ينظر إلى تغير قيمته بعد ذلك وعلى قيمة الزيادة وقت الفِكَاك.

وما كانت قسمته على اعتبار قيمته قبل ذلك: فهي قسمة مجازاً، والقسمة الحقيقية على اعتبار قيمته وقت الفكاك، (فإن ازدادت قيمته يعتبر يده، وإن انتقصت قيمته يعتبر ناقصه، وهذا إذا بقي النماء إلى وقت الفكاك)(٣)(٤).

---

(١) انظر: القدوري ص٢٠٠.

(٢) العبارة في المختصر: «وإذا ولدت الأمة الرهن ولداً من غير مولاها، أو أثمرت النخلة المرهونة ثمرة في يد المرتهن ...، فذلك كله داخل في الرهن»، ص٩٤.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٤) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٦١.

[هَلَاكُ النَّمَاءِ والزِّيَادَةِ]

فإن هلك عند المرتهن قبل الفكاك صار كَأَنْ لم يكن، وعادت حصته من الدين إلى الأصل كما كانت قبل حدوث النماء، إلاّ في الأرش خاصة، فإنه إذا هلك سقط من الدَّيْن ما كان بإزائه؛ لأنه بدل جزء من الرهن، فقام مقام البدل، ولو لم يملك النماء ولكن هلك الأصل، هلك بحصته من الدين.

وبيانه: إذا رهن عند رجل شاة تساوي عشرة دراهم بعشرة دراهم فولدت الشاة ولداً، ثم هلكت الشاة، فإن الدين ينقسم على قيمة الشاة يوم رهنت، وعلى قيمة الولد في الحال، فإن كانت قيمة الولد في الحال عشرة دراهم هلكت الشاة بحصتها: وهي نصف الدين خمسة دراهم، وهي خمسة دراهم، فإن ازدادت قيمة الولد بعد هلاك الشاة حتى صارت تساوي عشرين درهماً، بطلت القسمة، وتبين أن حصة الأم ربع الدين، ولو انتقصت قيمة الولد بعد ذلك حتى صارت [قيمته] خمسة دراهم، بطلت تلك القسمة، وتبين أن حصة الأم ثُلُثَا الدَّيْن: وهي ستة دراهم وثلثان، فاعتبر على هذا القياس.

[أَكْلُ النَّمَاءِ وَالزِّيَادَةِ بِالإِذْنِ]

ولو أكل المرتهن النماء بإذن الراهن فلا يسقط من دينه شيء، فكذلك لو أكل الراهن بإذن المرتهن، أو أكله أجنبي بإذنهما جميعاً، فلا يسقط من الدين شيء، ولكن لا تعود حصته من الدين إلى/ الأصل، بخلاف الهالك؛ لأنه عند الهلاك جعل كأنه لم [١٦٠-أ]
يكن، وهاهنا استهلك، وإنما لم يجب الضمان على المستهلك؛ لأنه استهلك بإذن من له الملك والحق جميعاً، حتى أن الأصل لو هلك بعد ذلك عند المرتهن يهلك بحصته من الدين، لو قسم الدين على قيمته يوم رهنه، وعلى قيمة النماء يوم الاستهلاك.

وكذلك لو هلك الأصل أولاً والنماء قائم، ثم أكل المرتهنُ النماءَ بإذن

الراهن، أو أكله الراهن بإذن المرتهن، أو أجنبي بإذنهما، فلا تسقط حصة النماء من الدين، ويرجع على الراهن خلاف الهلاك.

ولو أكله الراهن بغير إذن المرتهن، أو المرتهن بغير إذن الراهن، أو أجنبي بغير إذنهما، فإن الآكل يغرم قيمته، وتقوم القيمة مقامه[١].

[الِاعْتِبَارُ فِي مِقْدَارِ الدَّيْنِ الَّذِي وَقَعَ بِهِ الرَّهْنُ]

قال: (**والقول قول الراهن في مقدار الدين الذي وقع به الرهن**)[٢].

وصورته: أن يقول الراهن: رهنت بنصف الدين أو بثلثه أو بربعه، فقضىٰ ذلك المقدار من الدين، وأراد أن يسترد الرهن، وقال المرتهن: بل ارتهنت منك بجميع الدين، ولا سبيل لك عليه حتى توفيني جميع الدين، فالقول: قول الراهن مع يمينه على دعوىٰ المرتهن؛ لأن الراهن لو جحد أن يكون هذا عنده رهناً بشيء من الدين، كان القول قوله مع يمينه.

وكذلك لو أَقَرَّ بكونه رهناً بشيء من الدين، كان القول قوله، ولو أقاما جميعاً البينة، فالبينة بينة المرتهن؛ لأنه مُدَّعِي.

ولو هلك الرهن عند المرتهن واختلفا: فقال المرتهن: كان الرهن رهناً ببعض الدين، وقد سقط بهلاكه، ولي أن أرجع عليك بالباقي، وقال الراهن: كان رهناً بجميع الدين وقد سقط بهلاكه، فلا رجوع لك عَلَيّ، فالقول قول المرتهن مع يمينه؛ لأنه لو جحد أن يكون ذلك رهناً عنده بشيء من الدين، وزعم أنه وديعة عنده، كان القول قوله [مع يمينه]، فكذلك إذا أقر بكونه رهناً ببعض الدين، فالقول: قوله أيضاً، ولو أقاما جميعاً البينة، فالبينة بينة الراهن.

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٦١.

(٢) مختصر الطحاوي ص٩٥.

وكذلك لو اختلفا في قيمة الرهن بعد الهلاك: وقال الراهن: كان في قيمة الرهن وفاء بجميع الدين، فسقط جميع الدين بهلاكه، وقال المرتهن: كانت قيمته مثل نصف الدين، فالقول قول المرتهن؛ لأنه أنكر استيفاء جميع حقه، والراهن يَدَّعِيه.

ولو اختلفا في مقدار الدين: فالقول قول الراهن؛ لأن الدَّيْن عليه، فالقول: قول من عليه الدين في مقدار الدين[1].

[نَفَقَةُ الرَّهْنِ]

قال: ونفقة الرهن على الراهن نحو: أن يكون الراهن مملوكًا، فنفقته من طعامه وكسوته كلها على الراهن، وكذلك لو مات يكون كفنه عليه لا على المرتهن، إلاّ إذا مرض أو أصابته جراحة، أو خرجت فيه قروح، فعلاج ذلك ومداواته على المرتهن؛ لأن فيه إحياء حقه وملكه: وهو الدين.

وكذلك حفظه على المرتهن حتى أن الراهن لو شرط أجراً على حفظه للمرتهن، لا يستحق المرتهن شيئًا من الأجر؛ لأن الحفظ عليه بخلاف الوديعة إذا شرط المودع للمودع أجراً على حفظه، فله الأجر؛ لأن الحفظ ليس بواجب عليه، وكذلك لو كان الرهن حيوانًا، فإن علفه على الراهن، وأجر الراعي على الراهن، وأما أجر المريض [والمداوي][2] فعلىٰ المرتهن، وكذلك أجر الحارس عليه.

قال: والمرتهن أحق بالرهن [وبثمنه إن بِيْعَ] في حياة الراهن أو بعد وفاته، أما إذا بيع في حياة الراهن برضا المرتهن والراهن جميعًا، جاز البيع وصار الثمن رهنًا، فإن كان الثمن من جنس الدين استوفاه بدينه.

فإن كان في الثمن فضل رَدَّه على الراهن، وإن كان الثمن أنقص من الدين،

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٦٣.

(٢) في أ (المأوىٰ)، والمثبت من م.

رجع المرتهن بفضل الدين على الراهن، وإن كان الثمن من خلاف جنس الدين، حبسه المرتهن حتى يستوفي دينه كله.

ولو توىٰ الثمن على المشتري، سقط دين المرتهن بالتواء، إلاَّ أن يكون في الثمن نقصان/ من الدين، فيرجع المرتهن بفضل دينه على الراهن. [١٦٠-ب]

ولو مات الراهن قبل البيع وعليه ديون، وليس له مال سوىٰ هذا الرهن، فإنه يباع ويكون المرتهن أحق به من سائر الغرماء، فإن فضل شيء من ثمنه يصرف الفضل إلى الغرماء، وإن قصر ثمنه عن دينه، يكون المرتهن ببقية دينه أسوة للغرماء(١). والله سبحانه وتعالىٰ أعلم.

(١) انظر: خزانة الفقه ص٨٦؛ القدوري ص ٢٠١؛ فتاوىٰ قاضيخان ٣/ ٥٥٩.

كتاب المداينات[1]

[اشتراك الغرماء في ثمن سلعة المشتري المفلس]

قال أبو جعفر رحمه الله تعالىٰ: وإذا اشترىٰ الرجل سلعة شراءً جائزاً وقبضها بإذن المشتري، ثم مات المشتري، أو أفلس قبل أن يدفع ثمنها، أو بعدما دفع إليه طائفة من الثمن وعليه ديون لأناسٍ، فالغرماء جميعاً في ثمن السلعة أسوة، وليس بائعها أحق من غيره، وهذا عندنا[2]، وقال الشافعي: يكون بائعها أحق منهم[3].

---

(١) المداينة: من دان الرجل، يَدينُ دَيْناً، من المداينة.

فالدين لغة: هو القرض، وثمن المبيع، وقد دانه: أقرضه، فهو مَدِين ومديون، ودَان هو: أي: استقرض، فهو دائن، أي: عليه دين.

فصار دان مشتركاً بين الإقراض والاستقراض، وكذا الدائن. انظر: المصباح؛ مختار الصحاح (دَيَن).

والدين بالمعنىٰ الأخص في الأموال-: هو عبارة عن «ما يثبت في الذمّة من مال في معَاوضة، أو إتلاف، أو قرض». العناية على الهداية ٤/ ٣٤٦.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٩٥. وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]. قال الجصاص: «ودلالة هذه الآية على وجهين:

أحدهما: أنه أباح للمشتري الأكل والتصرف فيه، موسِرًا كان أو معسرًا.

الثاني: أنه منع البَيِّع [البائع] أخذه إلا برضا المشتري، وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (لا يحل مال امرئ مسلم إلاّ بطيب من نفسه) [أخرجه البيهقي في الكبرىٰ ٦/ ١٠٠؛ وأحمد في المسند ٥/ ٧٢]». انظر المسألة بالتفصيل: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٦٥ - ١٧٠.

(٣) انظر: الحاوي ٦/ ٢٧٤؛ الروضة ٣/ ٥١٤، ٥٢٤.

ولو كان البائع لم يسلمها إلى المشتري فإنه ينظر: إن كان الثمن مؤجلاً فكذلك الجواب، وقد حَلَّ الأجل بموت المشتري، وإن كان الثمن حَالاً فيكون بائعها أحق بثمنها من سائر الغرماء في قولهم جميعاً.

الأصل في هذا: أن كل من كان له حق الحبس بدينه في حال حياة المديون، فهو يكون أحق بثمنه بعد وفاة المطلوب من سائر الغرماء، ومن لم يكن له حق الحبس في حال حياة المطلوب، فلا يكون هو أحق بثمنه من سائر غرمائه بعد وفاته، بل يكون هو والغرماء في ذلك أسوة.

[المَحْبُوْسَاتُ بِالدَّيْنِ]

المحبوسات بالدين على أنواع:

منها: ما يكون محبوساً بالدين مضموناً به قَلَّتْ قيمة المحبوس أو كثرت: كالمبيع في يد البائع، وكالسلعة في يد الوكيل بالشراء، فإن له حق[1] حبسه عن الموكل حتى يرجع عليه بالثمن، فإذا هلك في يده فإنه ينظر: إن هلك عنده قبل الحبس هلك أمانة، ولا يبطل حقه في الثمن، وإن هلك بعد الحبس يهلك هلاك [البيع في قول أبي حنيفة ومحمد، وفي قول أبي يوسف: يهلك هلاك][2] الرهن، وفي قول زفر: يهلك هلاك الغصب؛ لأن من مذهبه أنه ليس للوكيل حق الحبس، فإذا حبسه صار غاصباً.

ومنها: ما يكون محبوساً [عنده] بالدين مضموناً بالقيمة: كمن اشترىٰ عبداً شراءً فاسداً، وقبضه، ودفع الثمن إليه، كان للمشتري أن يحبس المبيع عن البائع حتى يرد الثمن الذي قبضه من البائع، ولو هلك في يده، كان مضموناً عليه بقيمته، فيتقَاصَّان ويترَادَّان الفضل.

(١) في م (كان له أن يحبسها).
(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ والمثبت من م.

ومنها: ما يكون محبوسًا عنده بالدين غير مضمون عليه: كَنَمَاء الرهن، وكمن استأجر من آخر دابة إجارة فاسدة، وعَجَّل الأجرة، كان للمستأجر أن يحبس الدابة عن المؤاجر لأجل الأجرة المُعَجَّلة، ولكن لو هلكت الدابة في يده، هلكت أمانة.

وإذا مات مَنْ عليه الدَّيْن في هذا كله وعليه ديون، فيكون مَنْ هو أحق بالحبس أحق بثمنه من سائر الغرماء، وإذا لم يكن له حق الحبس بدينه، فإذا حبس صار غاصبًا، ويكون [في] ثمنه أسوة الغرماء.

[حَبْسُ المَدْيُوْنِ بِطَلَبِ الغُرَمَاءِ]

قال: **(وإن سأل الغرماء من القاضي حبس المطلوب بدَيْنِهم، وقد ثبت دينهم عليه عنده بإقراره أو بالبينة، فعل ذلك)**[(١)].

المديون لا يحبس في أول مرة حتى يظهر منه المَطْل، ولكنه يقول للمطلوب: قم فأرض خصمك، فإن لم يرضهم، فحينئذٍ يحبسه بدينهم إذا طلبوا منه ذلك[(٢)]،

---

(١) وفي المختصر: «... وقد أثبتوه عليه عنده، أو أقرَّ لهم به عنده ...» ص٩٥.

(٢) روي عن الحسن: (أن أناسًا من أهل الحجاز اقتتلوا، فقتلوا بينهم قتيلًا، فبعث إليهم رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، فحبسهم)، أخرجه أبو داود في المراسيل ص٣٩٢؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٨/ ١٣٠.

وروي: (أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم حَبَس رجلاً في تهمة، ثُمَّ خَلَّىٰ عنه)، أخرجه أبو داود (٣٦٣٠)؛ والترمذي (١٤١٧) وقال: حديث حسن؛ والنسائي ٨/ ٦٧. انظر: نصب الراية ٣/ ٣١٠.

قال الجصاص: «فإذا استحق الحبس في التهمة، فبالظلم أحرىٰ أن يستحقه».

وروي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (ليّ الواجد يُحِلُّ عرضه وعقوبته)، أخرجه البيهقي في الكبرىٰ ٦/ ٤٨، وقال: حديث مرسل، «ومعلوم أنه لم يُرد الضرب، فثبت أنها الحبس».

وروي الحبس في الدَّيْن عن عليّ رضي الله عنه، وعن جماعة من السلف [مصنف عبد الرزاق ٨/ ٣٠٦]. انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٧١، ١٧٢.

ولا يمنع دخول أقاربه عليه، ولكنه يمنع المحبوس عن الخروج إلى الجمعة والجماعات، وتشييع الجنازات، وعيادة المريض والزيارة، حتى يقضي ديون مَنْ حبس لأجلها.

ولو طلب الغرماء من القاضي إطلاقه أطلقه، ولو طلب البعض دون البعض، فلا يطلقه حتى يقضي ديون من أبوا إطلاقه.

[طَلَبُ الغُرَمَاءِ بَيْعُ مَالِ المَدْيُوْنِ]

ولو طلبوا من القاضي بيع ماله لهم، لم يجبهم إلى ذلك، إلا أن يكون ماله من جنس الدين، (فحينئذٍ يصرف إلى غرمائه، ولا يحتاج إلى رضاه، وإن كان ماله من خلاف جنس الدين)[١]، فإن للقاضي أن يصرف الدنانير دراهم، والدراهم دنانير، ويقضي الدين، ولا يحتاج إلى رضاه، وأما إذا كان ماله سوىٰ الدراهم والدنانير من المنقولات والعَقَارات، / فليس للقاضي أن يبيع ماله بغير رضاه في (قول [١٦١-أ]
أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف ومحمد: يبيع ماله بغير رضاه)[٢] ويقضي دينه[٣].

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٣) وعبارة الطحاوي في ذلك: «... إلا أن يكون الذي سألوه في ذلك: دنانير، وديونهم: دراهم، أو دراهم، وديونهم: دنانير، فإنه يجيبهم إلى ذلك ...، في قول أبي حنيفة ...، وفي قول أبي يوسف ومحمد: يبيع العروض، وكل شيء» ص٩٥، ٩٦.

ولأبي حنيفة: قوله الله تعالىٰ: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (لا يَحِلُّ مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه).

ولما رُوي: (أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم حَبَس رجلاً أعتق شقصاً له في عبد، حتى باع غُنَيمة له)، أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٩/ ١٥١؛ وأورده ابن حجر برواية البيهقي، وقال: وهذا منقطع، «وروي من وجه آخر عن القاسم ابن عبد الرحمن، عن جده عبدالله بن مسعود، وهو ضعيف ...»، التلخيص الحبير ٣/ ٤٠.

=

وأصل المسألة: أن أبا حنيفة لا يرىٰ القضاء بالحجر، ولا يرىٰ القضاء بالتفليس، وفي بيع ماله بغير رضاه حجر عليه، وأبو يوسف ومحمد: يريان ذلك.

وإذا باع القاضي عندهما: ماله لقضاء دينه أو أمر [أمينه] بالبيع، كانت العهدة على المطلوب، لا على القاضي وأمينه، والعهدة: هي أن البيع لو استحق، فإنه يرجع بالثمن على المطلوب، ولو وجد به عيباً، فإنه يرده على المطلوب لا على القاضي وأمينه.

[حَبْسُ المَدْيُوْنِ المُوْسِرِ بِقَلِيْلِ الدَّيْنِ وَكَثِيْرِهِ]

ويحبس القاضي بقليل الدين وكثيره إذا ظهر [منه] المَطْل، فطلب منه خصمه [حبسه][1]، وسواء كانت بينهما قرابة أو لم تكن، ويستوي في ذلك الرجال والنساء، إلاّ أنه لا يحبس الوالدين وإن علو لأجل دين الولد، ولو امتنع الوالد عن نفقة أولاده الذين تجب نفقتهم عليه، حبسه القاضي لأجلهم تعزيراً.

ولو كان المديون صغيراً وله ولي يجوز له قضاء ديونه ـ وللصغير مال حبس القاضي وَلِيَّهُ إذا امتنع عن قضاء ديونه، هذا كله إذا كان المديون موسراً.

[حَبْسُ المَدْيُوْنِ المُعْسِرِ وَالمَجْهُولِ حَالَه]

وأما إذا كان المديون معسراً، لم يحبسه القاضي لقوله تعالى: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، ولكنه لا يمنع غرماءه عن الملازمة ليلاً ونهاراً؛ لأن رزق الله جل جلاله غاد ورائح، لعله يصيب مالاً فيأخذونه.

ولو لم يعلم القاضي أنه معسرٌ أو موسرٌ، وطلب غرماؤه الحبس حبسه لهم،

= وقال الجصاص مبيِّنًا: أنه «لو جاز أن تباع عليه، لباعها النبي صلىٰ الله عليه وسلم، ولم يُجبره على البيع بالحبس». شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٧٢، ١٧٣.

(١) الزيادة في م مكان (خصمه) في أ. والسياق يدل على الجمع.

فإذا مضىٰ على حبسه شهر أو شهران، سأل القاضي عن حاله وتفحّص، فإن وقف على أنه غَنِيٌّ لم يطلقه حتى يقضي الدين، وإن وقف على أنه فقير أطلقه، ولم يمنع غرماؤه من الملازمة. هكذا ذكر في ظاهر الرواية.

ولو أن القاضي تفحّص عن حاله في الابتداء قبل أن يمضي على حبسه شهر، جاز أيضاً، فإن علم حاله فعل كما وصفنا.

ولو اختلف مَنْ له الدين ومَنْ عليه الدين، في يسار المديون وإعساره، فادَّعَىٰ المطلوب العُسْرَ، وَادَّعَىٰ الطالب اليسر، فإن محمداً رحمه الله تعالىٰ ذكر في كتاب النكاح: إذا ادَّعَىٰ الرجل أنه مُعْسِرٌ ولزوجته عليه نفقة المعسرين، وادعت المرأة أنه موسرٌ ولها عليه نفقة الموسرين، والقاضي لا يعلم حاله فالقول: قول الزوج مع يمينه؛ لأن الأصل هو العدم، والغنىٰ عارض.

أما هاهنا فقد اختلف فيه المشايخ: قال بعضهم: القول قول المطلوب مع يمينه، ولا يحبس حتى يثبت أنه غَنِيٌّ.

وقال بعضهم: ينظر إلى سلبه وزَيّه، فإن كان عليه زَيّ الأغنياء فالقول [قول الطالب، وإن كان عليه زَيّ الفقراء، فالقول قول المطلوب][1]، وروي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله تعالىٰ: إن كان الدين بدل عين مال، فالقول: قول الطالب أنه غني، وإن كان الدين ليس ببدل عين مال، فإن القاضي ينظر إلى [سلبه] وزَيّه: إن كان عليه زَيّ الفقراء، فالقول: قوله، وإن كان عليه زي الأغنياء، فالقول: قول الطالب، إلاّ أن يكون الرجل المديون مِمَّنْ عادتهم التجمل بدون المال، كالفقهاء، و[العلوية]، فحينئذٍ القول قول المطلوب: أنه فقير، ولا يحبسه.

وقال بعضهم: ينظر إلى الدين الذي يثبت عليه: إن كان بدل عين مال فالقول: قول الطالب أنه غني، ويحبس بدينه، وإن كان الدين بدل ما ليس بمال، فالقول:

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

قول المطلوب، هذا كله في حال الحياة(١).

[بَيْعُ القَاضِي التَّرِكَةَ لأَجَلِ الدَّيْنِ وَالوَصِيَّةِ]

ولو أن رجلاً مات وعليه ديون، وقد ثبتت عليه عند القاضي: إمّا بإقراره، أو بالبينة، فإن القاضي يبيع جميع ماله منقولاً كان أو غير منقول: كالدُّور، والعَقَار، ويقضي به دينه(٢)، وتكون عهدة ما باع على الغرماء دون القاضي وأمينه.

وكذلك لو باع القاضي التركة لأجل المُوْصَىٰ له، فيجعل العهدة عليه، (أو باع لأجل الصغير كانت العهدة عليه)(٣)، وكذلك أمين القاضي بخلاف الوصيّ، فإن الوصي تلحقه العهدة، سواء أوصىٰ إليه الميت،/ أو نصبه القاضي وصياً. [١٦١-ب]

ولو أن القاضي باع تركة الميت لقضاء دينه، أو باع أمينه، وقبض الثمن ثم هلك الثمن في يده، فلا يسقط دين الغرماء، فإن كان للميت مال آخر باعه، وإلاّ فلا شيء لهم.

[رُجُوعُ المُشْتَرِي عَلَىٰ الغُرَمَاءِ بِاسْتِحْقَاقِ المَبِيْعِ]

وإن استحق المبيع رجع المشتري بالثمن على الغرماء دون القاضي وأمينه، فإن ظهر للميت تركة، رجع الغرماء بدينهم وبما ضمنوا من الثمن.

ولو لم يستحق، ولكن وجد المشتري به عيباً، فرده على الغرماء وأخذ الثمن منهم، فإنه يباع المبيع لأجل الغرماء، فيأخذون ما ضمنوا، فإن كان في الثمن الثاني فضل على الثمن الأول، فيأخذون الفضل بدينهم الأول، وإن كان في الثمن الثاني نقصان عن

(١) انظر: القدوري (مع الترجيح) ص ٥٥٢، ٥٥٣؛ شرح الوقاية ٤/ ١١٣ - ١١٥.

(٢) «وذلك لأن ولاية الميت قد زالت عن نفسه بالموت، فجاز تصرف القاضي عليه كالصغير، والمعتوه، وسائر مَن لا ولاية له في ماله». شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٧٥.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من م.

الثمن الأول، فإنهم يرجعون بذلك في تركة الميت إن كانت، وبدينهم الأول.

ولو باع الوَصِيُّ تركة الميت لقضاء دُيُوْنِه، وهلك الثمن في يده، فلا يسقط أيضاً دين الغريم، ولكن المبيع إذا استحق يرجع المشتري بالثمن على الوصي، ثم الوصي يرجع بما ضمن على الغرماء؛ لأنه باع لأجلهم، كذلك لو رده المشتري بالعيب على الوصي، رجع بالثمن عليه، ثم إن الوصي يبيعه ثانياً، ويرجع في ثمنه بما ضمن.

وإن كان فيه فضل صرفه إلى الغرماء بدينهم، فإن كان الثمن الثاني أقل من الثمن الأول، رجع الوصي بفضل النقصان على الغرماء، ويقضي دينهم من تركة الميت وما ضمنوا للوَصِيِّ.

[البَيْعُ لِلدُّيُونِ العَاجِلَةِ والآجِلَةِ]

قال: (وإن كانت عليه ديون عاجلة وديون آجلة، فأمر القاضي ببيع ما يجب بيعه من ماله لغرمائه الذين ديونهم عاجلة، فطلب من القاضي [غرماؤه] الذين ديونهم آجلة أن يقضي بحلول دينهم، وأن يشاركوا مع الغرماء الذين ديونهم عاجلة)[1]، فإنه لا يجيبهم إلى ذلك؛ لأن الأجل من حق المطلوب وهو حَيٌّ، فليس للقاضي أن يبطل حقه.

فإذا حَلَّت الديون الآجلة، حينئذٍ يقضي بالشركة لهم في الثمن مع الغرماء الذين ديونهم عاجلة[2]، وهذا يستقيم على قول أبي يوسف ومحمد؛ لأنّ من

---

(١) مختصر الطحاوي ص٩٦.

(٢) «وذلك لأنه ليس لأصحاب الديون الآجلة، حق القبض في الحال، فيسلَّم المال إلى أصحاب العاجل، فإذا حَلَّ الأجل، شاركوهم؛ من قِبَلِ أن ديونهم كانت ثابتة وقت القضاء، وإنما كانت المطالبة بالقبض متأخرة، فإذا صحَّتَ المطالبة، ساووهم». كما علل الجصاص في شرحه ٣/ ١٧٩.

مذهبهما: أن القاضي يبيع مال المديون لقضاء ديونه بغير رضاه، وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: ليس له أن يبيع ماله إلا برضاه، ولو باع برضاه، جاز البيع وفعل كما وصفنا(١).

[عَبْدٌ لَحِقَهُ دَيْنَانِ: عَاجِلٌ وَآجِلٌ]

وذكر محمد في المأذون الكبير، قال: عَبْدٌ لحقه دَيْنَان: أحدهما عاجل، والآخر آجل، فباعه القاضي لأجل الدين العاجل، فإنه لا يدفع جميع ثمنه [إليه]، بل يعطيه نصفه ويوقف النصف في يد أمين حتى يحل الأجل في الدين الآخر، فيدفع إليه.

ولو لحقه دين واحد عاجل وقد حفر العبد بئراً على قارعة الطريق بغير إذن الإمام، فباعه القاضي لأجل الدين العاجل، دفع إليه جميع الثمن إذا كان الدين يبلغ جميع الثمن.

ثم لو وقعت في البئر دابة فعطبت، صارت قيمتها ديناً على العبد في رقبته، فيرجع صاحب الدابة على صاحب الدين الأول، فيشاركه في الثمن، ثم يرجعان ببقية دينهما على العبد إذا أعتق يوماً من الدهر؛ لأن العبد إذا بيع مرة لأجل الدين، فلا يباع ثانياً، إلاّ إذا لحقه دين جاءت بعد البيع، فحينئذٍ يباع لأجله ثانياً.

[المَحْبُوسُ بِدَيْنٍ إِذَا أَقَرَّ بِدَيْنٍ لآخَرِيْن]

قال: (ومَنْ حُبِسَ بدَيْنٍ عليه لقوم، ثم أَقَرَّ بدين لقوم آخرين)(٢)، صَحَّ إقراره، وكذلك لو وَهَبَ ماله أو تَصَدَّقَ به، صَحّ، وليس لغرمائه إبطال ذلك.

ولو سأل غرماؤه الذين حبس لأجلهم من القاضي، الحَجْرَ على المحبوس،

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٧٩.

(٢) مختصر الطحاوي ص٩٦.

ومنعه من الإقرار، والهبة وغيرها، فإنه لا يجيبهم القاضي إلى ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ؛ لأنه لا يرىٰ الحجر، ويَصِحُّ تصرفه في ماله، ويصح إقراره كما كان يصح قبل الحبس، وإذا لم يبق مال خلىٰ سبيله وأطلقه؛ لأنه معسر، وفي قول أبي يوسف ومحمد: يجيبهم القاضي إلى ذلك، ويقضي عليه بالحجر[١].

[١٦٢-أ] وبعدما قضىٰ عليه بالحَجْر، / لا يجوز تصرفاته عندهما من الصدقة، والهبة، والإقرار وغيره.

ولو أَقَرَّ بدين لإنسان بعد الحجر، ليس لِلْمُقَرِّ لَهُ أن يشارك الغرماء في ماله إلا إذا ثبت عليه دين بالشراء[٢]، فإنه يشارك مع الغرماء في ماله الموجود وقت الحجر، وذكر الطحاوي هاهنا قول أبي يوسف الأول مع قول أبي حنيفة، وقوله الآخر مع قول محمد[٣].

[القضاء بشاهد ويمين]

قال: (**ولا يقضي القاضي بشاهد ويمين**)[٤]، وهذا عندنا، وعند الشافعي: يقضي[٥].

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٩٧.

«وجه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ في إبطال الحَجْر على الحُرِّ: أن الحر البالغ، لم يستفد التصرف قبل الدين من جهة الغرماء، ولا من جهة القاضي، فلا يجوز حَجْره؛ لأن الحجر إنما يجوز مِن جهة مَنْ استفيد التصرف من جهته، كحجر المولىٰ على العبد، والأب على ابنه الصغير ونحوه». شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٨٠.

(٢) في م (بالبينة).

(٣) مختصر الطحاوي ص٩٦.

(٤) في المختصر بزيادة (في شيء) ص٩٧.

(٥) انظر: مختصر المزني ص٣٠٥؛ المنهاج ص٥٧٠. لما روىٰ ابن عباس: (أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم قضىٰ بيمين وشاهد) [أخرجه مسلم (١٧١٢)؛ وأحمد في المسند ١/ ٢٤٨، ٣٢٣].

وصورة المسألة: وهو أن المُدَّعِي إذا أقام شاهداً واحداً عند القاضي، وأراد أن يحلف مكان الشاهد الآخر حتى يقضي له القاضي بما ادَّعَىٰ، فإنه لا يلتفت إلى ذلك، فيقال له: إما أن تقيم شاهداً آخر، أو حلف المُدَّعَىٰ عليه، فإن حلف قطع دعواه إلى أن يجد البَيِّنَةَ، فإن نكل عن اليمين عرض القاضي عليه اليمين [ثلاث مرات]، فإن أبىٰ أن يحلف قضىٰ عليه، ولا يرد اليمين على المُدَّعِي عندنا، وعند الشافعي: يرد[1].

ولو قضىٰ القاضي عليه بنكوله، من غير أن يعرض اليمين عليه ثلاث مرات جاز، والأول أحوط.

[مَنْعُ المَدْيُوْنِ مِنَ السَّفَرِ]

قال: (ومن ثبت عليه الدَّين إلى أجل، -كان له السفر قبل حلول الأجل قَرُبَ حلول[2] الأجل أم بَعُدَ)[3]؛ لأنه ليس له حق المطالبة في الحال[4]، فليس له المنع، ولكن يقال للطالب: إن شئت فاخرج معه، فإذا حَلَّ الأجل فامنعه عن المضي إلى سفره حتى يوفيك حقك.

ولو أن رجلاً تزوج امرأة وأوفاها صداقها، فأراد أن ينقلها إلى حيث شاء، كان له ذلك، وليس لها حق الامتناع، ولو أقرّت المرأة بدين لأبيها أو لأمها أو لآخر، كان لِلْمُقَرِّ لَهُ أن يمنعها عن (الخروج في قول أبي حنيفة رحمه الله.

وفي قول أبي يوسف ومحمد: ليس للمقر له)[5] منعها عن النقل والخروج؛ لأنه قد ثبت للزوج حق النقل حيث أحب بإيفاء الصداق لها، فلا تملك المرأة إبطال حقه بالإقرار بالدين.

---

(١) انظر: المنهاج ص٥٧٩.

(٢) في م (طول الأجل).

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص٩٧.

(٤) وليس له لزومه ولا حبسه، فلا سبيل إلى منعه. انظر: الشرح ٣/ ١٨١.

(٥) ما بين القوسين ساقطة من م.

وكذلك الاختلاف في رجل آجر داره من رجل عشر سنين، ثم أَقَرّ على نفسه بدين، وليس له مال سوىٰ الدار، فإن أبا حنيفة رحمه الله تعالىٰ قال: يبيع القاضي الدار لقضاء دينه، وتبطل الإجارة كما لو ثبت عليه بالبينة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يبيعها ولا تبطل الإجارة.

(ولو أَقَرَّ برقبة الدار لإنسان، فإنه لا يَصِحُّ إقراره في حق المستأجر في قولهم جميعاً، ولا سبيل للمقر له على الدار إلا بعد انقضاء مدة الإجارة)[1].

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

كتاب الحَجْرِ[1]

[مَن يحجر عليهم]

قال أبو جعفر رحمه الله تعالىٰ: الحَجْر على الحر باطل[2] إلاّ على ثلاثة أصناف: على جهالة المتطببة، وعلى جهالة المُفْتِيِّيْن، وعلى مفاليس الأُكْرِياء، وهذا عند أبي حنيفة[3]، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهم الله: الحجر على الحر جائز إذا كان مفسداً مبذراً لمالِه في الخير والشر.

ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما: قال أبو يوسف: لا يصير [محجوراً] عليه بالفساد حتى يحجر عليه الحاكم، فإذا حجر عليه الحاكم صار محجوراً عليه، لا يصير مطلقـًا حتى يطلقه الحاكم.

وقال محمد: فساده يحجره، وصلاحه في المال يطلقه، وعند أبي حنيفة: لا يصير محجوراً.

---

(١) الحَجْر بفتح الحاء وسكون الجيم: المنع، وهو لغة: مطلق المنع، ومنه يقال: حجر عليه القاضي في ماله، إذا منعه من أن يفسده، فهو محجور عليه. انظر: المغرب؛ المصباح (حجر).

وشرعـًا: «المنع عن أشياء مخصوصة، بأوصاف مخصوصة»، وعرَّفه الميداني: بأنه «المنع من نفاذ تصرف قولي»؛ وعرَّفه الشربيني: بأنه «المنع من التصرفات المالية». انظر الاختيار ٢/ ٩٤؛ اللباب ٢/ ٦٦؛ مغني المحتاج ٢/ ١٦٥.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٩٧.

(٣) «ولأبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: أنه مخاطب عاقل، فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد؛ وهذا لأن في سلب ولايته إهدار آدميته، وإلحاقه بالبهائم والمجانين، وهو أشد ضرراً من التبذير، فلا يحتمل الأدنىٰ لدفع الأدنىٰ ...»، كما قال المرغيناني في الهداية ٣/ ٣٤٦.

وسيأتي توضيح أكثر في: (الرشد في دفع المال).

[الحُكْمُ عَلىٰ المَحْجُورِ عَلَيْه]

فإن حكم عليه الحاكم بالحجر(١)، بخلاف ما إذا حكم الحاكم في مختلف فيه، فإنه يصير كالمتفق عليه؛ لأن هاهنا إنما وقع الاختلاف في نفس القضاء: أنه هل يجوز القضاء بالحجر عليه أم لا يجوز؟.

وفي سائر المسائل إنما وقع الاختلاف في المسألة لا في قضاء القاضي، فيصير متفقاً بقضاء القاضي، وإذا صار محجوراً عليه عند أبي يوسف ومحمد، يصير حكمه كحكم طفل لم يبلغ، أو بَالغٍ وهو معتوه، إلا في أحكام معدودة، فإن حكمه فيها كحكم البالغ العاقل: وهو أنه إذا تَزَوَّجَ امرأة جاز نكاحه، إلاّ إذا سمىٰ لها أكثر من مهر مثلها، فالزيادة على مهر مثلها باطلة، والنكاح جائز، فكذلك لو أعتق مملوكه عُتِقَ، ولكنه يسعىٰ في قيمته في ظاهر الرواية / عند أبي يوسف ومحمد، [١٦٢-ب] وذكر الطحاوي عن محمد: أنه رجع عن ذلك وقال: بأن العبد يعتق بغير سعاية، وهذا غير ظاهر، وكذلك لو دَبَّر عبده وصار مدبراً، ولو استولد جاريته صارت أم ولده، وكذلك لو طَلَّق امرأته يقع الطلاق، وتجب الزكاة في ماله، ويجب عليه الحج إذا كان قادراً على الزاد والراحلة، ولو أراد العمرة لم يمنع عن ذلك لاختلاف الناس فيها.

ولو أراد أن يُقْرِن [ويسوق](٢) بَدَنَهُ، لم يمنع عن ذلك، وإن كانت الشاة تجزئه لاختلاف الناس فيه، ولكنه يضع مقدار النفقة والكِرَاء والهَدْي على يد أمين؛ لينفق عليه في الطريق، وتزول ولاية أبيه وجَدِّهِ وَوَصِيِّهِما عنه.

---

(١) حيث اختلف الصاحبان في وقوع الحَجْر: «فقال أبو يوسف: لا يكون محجورًا عليه إلا بحكم الحاكم ...، وقال محمد: يصير محجوراً عليه بنفس السَّفَه، بمنزلة المريض يصير محجوراً عليه في ماله بالمرض، من غير حكم الحاكم». شرح المختصر ٣/ ١٨٤.

(٢) في أ (ولا يسوق)، والمثبت من م.

ولو أوصىٰ عند موته بوصايا توافق وصايا الناس، وليس فيها سرف تنفذ وصاياه، ويجوز إقراره على نفسه بالعقوبة، كما لو أقرَّ على نفسه بوجوب القصاص في نفسٍ أو فيما دونها.

وأما بيعه وشراؤه، وهبته وصدقته، وإقراره بالمال، وإجازته، وما أشبه ذلك من التصرفات التي تلحقها النقض والفسخ، لا يجوز من المحجور عليه، كما لا يجوز من غير البالغ والمَعْتُوْه[١].

[الرُّشْدُ في دَفْعِ المَالِ]

ولو أن الغلام بلغ[٢] غير رشيد مُفْسِداً مُبَذِّراً لماله، لا يُحسن التدبير والتقدير في التصرفات، فعلىٰ قول أبي يوسف ومحمد: لا يشكل، أنه لا يدفع إليه ماله، وكذلك على قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يدفع أيضاً حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة، فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة، فإنه يدفع إليه ماله وإن كان مفسداً، وإنما لا يدفع؛ لأن شرط الدفع لم يوجد؛ لأن شرط الدفع إيناس الرشيد منه بقوله عزّ وجل: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، ولم يوجد الرشد[٣].

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٩٧.

(٢) «وبلوغ الغلام: بالاحتلام، والإحبال، والإنزال إذا وطئ، فإن لم يوجد ذلك، فحتىٰ يتم له ثماني عشرة سنة.

وبلوغ الجارية: بالحيض، والاحتلام، والحَبْل، فإن لم يوجد ذلك، فحتىٰ يتم لها سبع عشرة سنة، هذا قول أبي حنيفة، وقالا: إذا تمَّ للغلام والجارية خمس عشرة سنة، فقد بلغا»، كما قال المرغيناني في الهداية ٣/ ١٣٥٠.

«وأما مالك، فلم يَحُدَّ فيه حَدًّا، وقال أصحابه: (١٧ سنة، أو ١٨ سنة في حقها)، وفي رواية ابن وهب: (١٥ سنة)، وقال الشافعي، وأحمد في أظهر روايتيه: حَدُّه في حقها خمس عشرة، أو خروج المني، أو الحيض، أو الحبل». انظر: رحمة الأمة ص٣٠٤ (الرسالة).

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص٩٧. قال الجصاص في الشرح: «أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ: لا يرىٰ الحَجْرَ على الحر البالغ المكلف بحال. =

والرشد المذكور في القرآن: هو الصلاح في المال دون الصلاح في الدين والاعتقاد، [وعندهما]: أنه لا يدفع إليه ماله، لو تصرف فيه من البيع، والإقرار، والهبة، والسَّلَم، جاز ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله[1]. والله تعالىٰ أعلم.

= وأبو يوسف ومحمد: يريان عليه من جهتين: أحدهما: الدَّين والإفلاس، ولا خلاف بينهما: أنه لا يصير محجوراً عليه في ذلك، إلاّ بحجر الحاكم.

والآخر: الحَجْر من جهة السَّفه، وتبذير المال.

وقال أيضاً: وأبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ: يرىٰ جواز إقراره، وبيعه، وتصرفه بعد البلوغ، وإن لم يدفع ماله إليه إلاّ بعد ما يصير له خمساً وعشرين سنة.

والحجة لأبي حنيفة في بطلان الحَجْر على الحر لأجل السفه: قول الله عز وجل: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ ۝٣٩ وَأَنَّ سَعْيَهُۥ سَوْفَ يُرَىٰ﴾ [النجم: ٣٩، ٤٠]، فأثبت عليه حكم سعيه، وهو عام في جميع تصرفه وأفعاله.

ويدل عليه أيضاً قوله تعالىٰ في آية المداينة: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، «فأجاز مداينة السفيه والضعيف اللذين لا يقومان بضبط الإملاء، ولو كان السَّفَه والضَّعْف عن معرفة التجارة، وحفظ المال، مُوجباً للحَجْر، لما جازت مداينتهما، ولكانا فيه بمنزلة الصبي والمجنون.

فلما أجاز الله تعالىٰ مداينتهما، مع وصفه لهما بالضعف والسَّفه، دلّ على أن الضعف والسفه عن حفظ المال، ليس بعلة في إيجاب الحَجْر»، ٣/ ١٨٤، ١٨٥.

(١) انظر: المسألة بالتفصيل: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٨٣ وما بعدها.

كتاب الصُّلْح(١)

[أنواع الصلح]

قال أبو جعفر رحمه الله تعالىٰ: **(الصلح جائز على الإقرار، والإنكار(٢)، وعلى السكوت الذي لا إقرار معه ولا إنكار)(٣).**

الأصل: أن الصلح على معلوم عن معلوم، أو عن مجهول جائز.

---

(١) الصُّلْحُ لغة: قطع المنازعة، من صلح الشيء بفتح اللام، وضمها لغة فيه ـ وهو ضد الفساد، يقال: صلح الشيء: إذا زال عنه الفساد، وصلح فلان سيرته: إذا أقلع عن الفساد.

وفي الشرع: عبارة عن عقد وضع بين المتصالحين لدفع المنازعة بالتراضي، يحمل على عقود التصرفات». الجوهرة ص٤١٠. أو (هو عقد يرفع النزاع).

(٢) صورة الإنكار: كأن يَدَّعِي على المُدَّعَىٰ عليه داراً، فينكر، ثم يقول للمُدَّعَي: صالحني على دعواك الكاذبة، أو عن دعواك.

«والدليل على جواز صلح الإنكار: قوله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]، والصلح عقد ملزمه الوفاء به؛ لعموم اللفظ.

ويدل عليه قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞۗ﴾ [النساء: ١٢٨]، «وعمومه يقتضي جواز الجميع؛ لأنه كلام قائم بنفسه، غير مفتقر إلى ما قبله».

وقوله صلىٰ الله عليه وسلم: (الصلح جائز بين المسلمين) [أبو داود (٣٥٩٤)؛ وموارد الظمآن ص٢٩١؛ وفي سنده كثير بن زيد، وفيه كلام. انظر: نصب الراية ٤/ ١١٢].

وظاهره يقتضي جواز الصلح في حال الإنكار والإقرار»، كما قال الجصاص في شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٩٣. «ويعتبر الصلح مع الإنكار والسكوت في حق المدّعىٰ عليه: لافتداء اليمين، وقطع الخصومة، وفي حق المدَّعِي: بمعنىٰ المعاوضات ...»، كما في خزانة الفقه ص١٩١.

(٣) مختصر الطحاوي ص٩٨.

والصلح على شيء مجهول عن معلوم، أو عن مجهول لا يجوز، إلاّ أن يكون ما وقع عليه الصلح مُسْتَغْنٍ عن القبض والتسليم، فجهالته لا تبطل عقد الصلح، كما إذا ادَّعَىٰ كل واحد منهما على صاحبه حقاً مجهولاً، فاصطلحا جميعاً على التنازل، جاز الصلح؛ لأن الجهالة لا تبطل العقود لعينها، وإنما تبطل العقود لمعنىٰ فيها: وهو وقوع المنازعة، فإن كان مما يستغنىٰ عن قبضه فلا تقع المنازعة في ثاني الحال، وإن كان مما يحتاج إلى قبضه تقع المنازعة في ثاني الحال عند القبض والتسليم، فلم يجز.

وإذا ادَّعَىٰ رجل عَيْنَ مال في يد رجل: كالدَّارِ، والأَرْض، والعَبْد، وادّعىٰ كله أو بعضه، والمُدَّعىٰ عليه مُقِرٌّ به، أو جاحد، أو ساكت، فإن الذي وقع عليه الصلح لا يخلو: إما أن يكون دراهم أو دنانير، أو كَيْلِيًّا، أو وَزْنِيًّا، أو حَيْوَانـًا، أو ثِيَابـًا، ولا يخلو: إما أن يكون مُعَيَّنـًا، أو موصوفـًا غير مُعَيِّنٍ، أو وقع الصلح على منفعة.

[الصُّلْحُ عَلَىٰ دَرَاهِمَ أو دَنَانِيْرَ بِغَيْرِ عَيْنِهَا]

أما إذا وقع الصلح على دراهم بغير عينها، فالشرط فيه بيان مقدارها، ويقع الصلح على الجياد من نَقْدِ البلد، وإن كان في تلك البلدة نقود مختلفة، فيقع على الغالب منها، وإن لم يكن لبعضها غلبة على البعض، فلا يجوز الصلح ما لم [يبيِّن نقداً] منها مع بيان القدر، ويجوز الصلح فيها حَالَّةً ومُؤَجَّلَةً، وقبض ما وقع عليه الصلح في المجلس قبل الافتراق ليس بشرط؛ لأن ما وقع فيه الدعوىٰ عين مما يتعين / للعقد، وإذا افترقا قبل قبض البدل، فقد افترقا على عين بدين في غير الصرف والسَّلَم، ومما يبطله النسأ لا يبطل العقد، هذا إذا كانت الدراهم غير معينة. [١٦٣-أ]

وأما إذا كانت مُعَيَّنَةً جاز الصلح، ولا يحتاج إلى بيان القدر والوصف، ولكن لا يتعلق العقد بعينها؛ لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المبادلات، حتى أن المُدَّعىٰ عليه لو أراد أن يحبسها ويعطي المُدَّعِي مثلها كان له ذلك، ولو هلكت

في يده قبل التسليم إلى المُدَّعِي أو استحقت لا يبطل العقد، [وعليه تسليم] مثلها، فإن اختلفا في قدرها وصفتها بعد الهلاك: فإنهما يتحالفان وَيَتَرَادَّان الصلح كما في البيع، وإذا اختلفا في الثمن والسلعة قائمة، فهاهنا أيضاً المعقود عليه قائم، وهو عين في يد المدعىٰ عليه.

وكذلك لو وقع الصلح على الدنانير، فهو كما لو وقع الصلح على الدراهم في جميع ما ذكرنا.

ولو صالح عن دعواه على كَيْلِيٍّ كالحنطة والشعير، أو على وَزْنِيٍّ كالحديد والصفر، إن كان مُعَيَّنـاً، أو أضاف إليه العقد وهو حاضر أو غائب بعد أن كان ذلك في ملك المدعىٰ عليه، صَحَّ الصلح ويقع على ما سمىٰ من الكيلي والوزني، فإن أشار إليه ولم يُسَمِّ الكيلي والوزني، يتعين ذلك للعقد.

وإن كان موصوفاً في الذمة، فالشرط فيه بيان القدر والوصف، وبيان الأجل ليس بشرط، ولو بَيَّنَ الأجل جاز، ويثبت الأجل.

والأصل: أن الكيلي والوزني أعيانهما سِلَعٌ، وأوصافهما ثَمَن، فإذا عَيَّنَا تعلق العقد بأعيانهما، وإذا وصفا ولم يعينا، صار حكمهما حكم الدراهم والدنانير.

ولو صالح معه على ثياب إن كانت معينة، جاز الصلح، [والشرط] فيه الإشارة لا غير، وإن كانت غير معينة فلا يجوز الصلح حتى يأتي بجميع شرائط السَّلَم؛ (لأن الثياب لا يجوز السَّلَم فيها، ولا يثبت دَيْناً في الذمة إلا على اعتبار شرائط السلم)[١].

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م. انظر: الهداية ٣/ ١٢١١، ١٢١٢.

[الصُّلْحُ عَلَىٰ مَنْفَعَةٍ مَعْلُوْمَة]

ولو صالح من دعواه على منفعة معلومة، إن كان ذلك مما يجوز ورود عقد الإجارة عليه، صَحّ الصلح، وإن كان مما لا يجوز ورود عقد الإجارة عليه، لا يجوز الصلح.

[الاِعْتِبَارُ فِي الصُّلْحِ]

ثم الصلح إذا وقع على مال، اعتبر جوازه بالبيع، فإن كان مما وقع عليه الصلح (يصلح أن يكون ثمناً أو مبيعاً في البيع، صلح أن يكون بدلاً في عقد الصلح، وإن كان ما وقع عليه الصلح)[١] من دعوىٰ على منفعة، اعتبر جوازه بالإجارة، فإن كان مما يجوز عقد الإجارة عليه، جاز الصلح وإلاّ فلا[٢].

[الصُّلْحُ عَلَىٰ مُسْتَحَقٍّ]

قال: (وإذا ادَّعَىٰ رَجُلٌ داراً في يد رجل، فصالحه منها على عبد، فاستحق العبد، رجع المُدَّعِي على دعواه)[٣]، هذا إذا لم يجز المستحق الصلح، وأما إذا أجازه جاز وسَلَّمَ العبد للمدعي، ويرجع المستحق بقيمة عبده على المُدَّعَىٰ عليه، وإن لم يجز واحده، بطل الصلح، ورجع المدعي على دعواه.

فإن كان الصلح عن إقراره رجع المُدَّعِي بما ادَّعَىٰ، فإن كان الصلح عن إنكار[٤]، أو سكوت لا إقرار ولا إنكار، يرجع على دعواه.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) انظر: خزانة الفقه ص١٩١.

(٣) مختصر الطحاوي ص٩٨

(٤) قال الجصاص في الش

١- الصلح مر

ولو استحق نصف العبد، فالمدعي بالخيار: إن شاء رضي بالنصف الباقي وعاد على نصف الدعوىٰ، وإن شاء ردَّ الباقي من العبد فيرجع على جميع دعواه، وهذا إذا كان ما وقع عليه الصلح عيناً.

ولو كان ما وقع عليه الصلح ديناً كالدراهم والدنانير، والكيلي والوزني بغير أعيانهما، أو ثياب موصوفة مؤجلة، فلا يبطل الصلح بالاستحقاق، ولكنه يرجع بمثله؛ لأنه بالاستحقاق بطل الاستيفاء، فصار كأنه لم يستوف بعد(١).

[الصُّلْحُ مُقَابِلَ مَنْفَعَةٍ مُعَيَّنَةٍ]

ولو صالحه من دعواه على خدمة عبده سَنَةً، أو على ركوب دابته سَنَةً، أو على لبس ثوبه سنة، أو على سكنىٰ داره سنة، أو على زراعة أرضه سَنَةً، وبيّن ما يزرع فيها جاز الصلح؛ لأنه يجوز عقد الإجارة على هذه الأشياء، وكذلك يجوز الصلح.

ثم هذا لا يخلو: إما أن يموت المُدَّعِي قبل استيفاء المنفعة، أو يموت المُدَّعَىٰ عليه، أو يموت / الذي وقع الصلح على منفعته، أو يقتله أحد، ووجبت [١٦٣-ب]
على قاتله قيمته(٢)؛ قال محمد: وفي هذا كله ينظر: إن كان المُدَّعِي لم يستوف شيئاً من المنفعة، رجع على دعواه، وإن استوفىٰ بعض المنفعة رجع على دعواه إلاَّ قَدْرَ ما استوفىٰ من المنفعة، فإنه تبطل دعواه بإزائه، وجعل محمد هذا الصلح بمنزلة الإجارة، وفي الإجارة إجماع أنها تبطل بهلاك المؤاجر والمستأجر، أو الذي

= فيجوز أيضـاً. ٣- وصلح من معلوم على مجهول، فلا يجوز. ٤- وصلح من مجهول على مجهول، فلا يجوز.

وهذه الجملة ينتظمها حرفان: أن الصلح من المجهول جائز، وعلى المجهول غير جائز ...»، ٣/ ١٩٦.

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٩٥.

(٢) في م (ديته).

وقعت عليه الإجارة ببدل أو بغير بدل، فكذلك الصلح[١].

وقال أبو يوسف: الصلح يخالف الإجارة، إذا مات المُدَّعَىٰ عليه لا يبطل الصلح، (وللمُدَّعِي أن يستوفي المنفعة بعد موت المُدَّعَىٰ عليه كما كان يستوفيها قبل موته، ولو مات المدعي لا يبطل الصلح)[٢] في خدمة العبد، وسكنىٰ الدار، وزراعة الأرض، وتقوم الورثة مقامه في الاستيفاء، وفي ركوب الدابة ولبس الثوب، يبطل الصلح، ولا تقوم الورثة مقامه في الاستيفاء؛ لأن الناس [يتفاوتون][٣] فيه، ألا ترىٰ أنه لو استأجر دابة ليركبها بنفسه، أو استأجر ثوباً ليلبسه بنفسه، فليس له أن يؤاجر غيره، ولو استأجر عبداً ليخدمه، أو داراً ليسكنها بنفسه، أو أرضاً ليزرعها بنفسه، فله أن يؤاجر من غيره؛ لأن الناس لا يتفاوتون فيها، فلذلك اختلفا[٤].

[هَلَاكُ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الصُّلْحُ مِن المَنْفَعَةِ]

ولو هلك الشيء الذي وقع الصلح على منفعته بغير بدل، أو استحق، بطل الصلح بالإجماع، ولو هلك باستهلاك مستهلك فإنه ينظر: إن استهلكه المُدَّعَىٰ عليه فلا ضمان عليه؛ لأنه أتلف ملك نفسه، ويبطل الصلح.

وإن استهلكه أجنبي فلا يبطل الصلح؛ لأنه فات بالقيمة، ولكن المُدَّعِي بالخيار: إن شاء أبطل الصلح (وعاد إلى دعواه؛ لأن المعقود عليه قد تغير)[٥]، وإن شاء رضي بالصلح، ويشتري له بالقيمة مثله فيستوفي منافعه، وإن استهلكه

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٩٨.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٣) في أ (يتعاونون)، وفي م (يتقاربون)، والمثبت ما دل عليه السياق.

(٤) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٩٩، ٢٠٠.

(٥) ما بين القوسين ساقطة من م.

المُدَّعِي لا [ينتقض][١] الصلح، ويؤخذ من المدعي قيمة العبد ويشتري عبداً آخر فيخدمه.

ثم لقائل أن يقول: لا خيار للمُدَّعِي في نقض الصلح؛ لأن التغير جاء من قِبَلِهِ، ولقائل أن يقول: له الخيار.

ولو أن المدعي أَجَّره بعد الصلح جاز؛ لأنه يملك المنفعة: فإن شاء استوفى بنفسه، وإن شاء ملكها غيره، إلا ما يختلف الناس فيه كالإجارة، ولو أَجَّره من المدعىٰ عليه في مدة الصلح، جازت الإجارة في قول أبي يوسف، ولا يبطل الصلح كما لو أجره من غيره.

وقال محمد: لا تجوز الإجارة وبطل الصلح، كما لو أَجَّره من المؤاجر في مدة الإجارة، فلا تجوز الإجارة بالإجماع، وبطلت الإجارة الأولىٰ، ولا يجب على المستأجر من الأجرة شيء، [وكذلك هاهنا][٢].

[ادِّعَاءُ الجَارَيْنِ بِالجِدَارِ الحَاجِزِ بَيْنَهُمَا]

قال: (**وإذا كان الجدار حاجزاً بين دارين فادَّعاه كُلُّ واحد من صاحبي الدارين أنه له**)[٣]، فإنه [ينظر:] إن قامت لهما جميعـًا البينة، قضىٰ بالجدار بينهما نصفين؛ لاستوائهما في الدعوىٰ والبرهان، وإن قامت لأحدهما بينة قضىٰ بالجدار للذي قامت له البينة، وله أن ينتزع ما كان لصاحبه عليه من البناء؛ لأنه وضعه بغير حق، وإن لم يكن لهما بينة، فإنه يقضىٰ بالجدار للذي كان في يده قضاءَ تركٍ لا قضاء استحقاقٍ.

---

(١) في أ (يتعض)، والمثبت من م، والسياق يدل عليه.

(٢) انظر: خزانة الفقه ص١٩١.

(٣) مختصر الطحاوي ص٩٩.

فإن كان الجدار داخلاً في ترابيع[(١)] بناء إحدىٰ الدارين دون الأخرىٰ، قضىٰ بالجدار لصاحب الترابيع[(٢)].

وصورة الترابع: أن يبنىٰ هذا الجدار التي وقعت فيه المنازعة متربعًا بينهما حيطان دار أحدهما، أو بيت أحدهما داخلاً أنصاف اللِّبْن بحائط إحدىٰ الدارين، فيكون ذلك بمعنىٰ النتاج.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: صورة الترابيع: أن يكون طَرَفا هذا الحائط التي وقعت فيه المنازعة متداخلين بحائط إحدىٰ الدارين، سواء كان متربعًا أو غير متربع، بعد أن كان طَرَفَاه متداخلين / في بناء إحدىٰ الدارين، وإن كان للآخر [١٦٤-أ] عليه حمولة فلا يؤمر بنزعها، وتترك على حالها[(٣)].

[الملك لواحد، والبناء عليه لآخر]

وقد يجوز أن يكون الملك لواحد والبناء عليه لآخر، كالسقف الذي هو بين بيت السفل وبين بيت العلو ملك لصاحب السفل، ولصاحب العلو عليه حق القرار، حتى أن صاحب السفل لو أراد أن يرفع[(٤)] سقفه منع، كذا هاهنا الملك لصاحب الترابيع، وللآخر عليه حق وضع الجذوع، بخلاف ما إذا أقام البينة، فإنه يأمره برفع بنائه.

ولو لم يكن [الحائط][(٥)] داخلاً في ترابيع بناء إحدىٰ الدارين، ولكنه متصل

---

(١) «والترابيع: جعل الشيء مربعًا، أي: ذا أربعة أجزاء، أو على شكل ذي أربع». تاج العروس (ربع)، ولعل المقصود هنا: هو الخشب الموضوع على الحائط، وهو شكل مربع.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٩٩.

(٣) قال الجصاص: «الأصل في ذلك: أن اليدين إذا اجتمعا لرجلين في شيء، فإنما يستحقه آكدهما يداً، وأظهرهما تصرفاً». شرح المختصر ٣/ ٢٠٣.

(٤) في م (أن يوضع سفله).

(٥) في أ (الخليط)، والمثبت من م.

بيناء إحدىٰ الدارين ومرتبط به، قضىٰ بالحائط لصاحب الاتصال(١)؛ لأنه كالمتعلق به، وإذا كان للآخر عليه بناء، فصاحب البناء أحق به من صاحب الاتصال؛ لأن صاحب البناء مستعمل للحائط، فهو أولىٰ به، كدابة تنازع فيها اثنان أحدهما راكب والآخر متعلق بلجامها، فالراكب أولىٰ، بخلاف اتصال الترابيع؛ لأنه بمنزلة النتاج، لأنه أحدثه ببنائه معاً.

وإن كان لأحدهما على الحائط المتنازع فيه حائط سترة، قضىٰ به لصاحب (السترة؛ لأنه مستعمل، إلاَّ إذا كان للآخر عليه بناء، فالحائط لصاحب)(٢) البناء والحمولة، ولا يؤمر صاحب السترة برفعها، ولو كان لأحدهما على الحائط حرادي، فلا يقضىٰ لصاحب الحرادي، وليس الحرادي محمولة.

والحَرَادي: هو القصب الموضوع على رأس الحائط(٣).

[المَالِكان لَهمَا البِنَاءُ عَلىٰ الحَائِطِ]

وإن كان لأحدهما على الحائط بناء وليس للآخر عليه بناء، قضىٰ لصاحب البناء؛ لأنه مستعمل للحائط ببنائه، ولو كان لكل واحد منهما عليه بناء، فإنه ينظر: إن كان لأحدهما عليه خشبة واحدة وللآخر عليه جماعة خشب، قضىٰ بالحائط لصاحب الجماعة، وللآخر ما تحت خشبته، ولو كان لأحدهما خشبتان وللآخر عليه جماعة خشب، ففي رواية الكرخي عن أصحابنا: يقضي بالحائط لصاحب الجماعة، وللآخر ما تحت خشبته، وفي رواية الطحاوي: عن أصحابنا يقضي بالحائط بينهما(٤).

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٩٩.
(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.
(٣) «الحرادي: ما يُلقىٰ على خشب السقف من أطنان القصب». المغرب (حرد).
(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص٩٩.

ولو كان لأحدهما عليه ثلاث خشبات، وللآخر جماعة خشب، يقضىٰ بينهما نصفين على الروايتين جميعاً.

ولو أراد صاحب الثلاث أن ينزع على الآخر ما زاد على الثلاث، ليس له ذلك، ولكن يقال له: زد أنت أيضاً إلى تمام عدد صاحبك عليه إن أطاق الحائط حملها، وإن لم يطق فليس له الزيادة، وليس له النزع على صاحب الزيادة.

وفي كل موضع قضينا له تملك الحائط لكونه في يده، يجب عليه اليمين [لصاحبه] على ما يَدَّعِيْهِ، فإن حلف برئ، وإن نَكَلَ عن اليمين قضىٰ عليه.

ولو كان وجه الحائط إلى أحدهما وظهره إلى الآخر، قال أبو حنيفة: يقضىٰ بالحائط بينهما، ولا يقضىٰ لمن إليه وجه الحائط، وقال صاحباه: يقضىٰ بالحائط لمن إليه وجهه، هذا إذا حصل الوجه وقت البناء حيث بني، وأما إذا حصل الوجه بعد البناء بالنقض والتطيين، فلا يستحق به الحائط في قولهم جميعاً.

فكذلك الاختلاف فيما إذا تنازعا في خُصٍّ[1] بين كَرْمَين، والقُمُط[2] إلى أحدهما، قال أبو حنيفة: يقضىٰ به بينهما، وقالا: يقضىٰ به لمن إليه القمط[3].

[التَّنَازُعُ فِي بَابٍ مُغْلَقٍ عَلَىٰ حَائِطٍ بَيْنَ دَارَيْنِ]

ولو تنازعا في باب مغلق على حائط بين دارين، والغلق إلى أحدهما: قال أبو حنيفة: يقضىٰ بالباب والغلق بينهما، وقالا: يقضىٰ بالباب لمن إليه غلق الباب، ولو كان للباب غلقان من الجانبين جميعاً، قضي بالباب بينهما بالإجماع.

---

(١) «الخُصُّ: البيت من القصب، والجمع أَخْصاص». المصباح (خص).

(٢) «والقُمُط: الخشب التي تكون على ظاهر الخص أو باطنه، يُشدّ إليها حرادي القصب أو رُؤوسه». المصباح (قمط).

(٣) انظر بالتفصيل: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٠٢ - ٢٠٥.

[التَّنَازُعُ فِي ثَوْبٍ وَأَحَدُهُمَا لابِسُهُ وَالآخَرُ مُعَلَّقٌ بِهِ]

ولو تنازعا في ثوب وأحدهما لابسه والآخر معلق به، فهو للابس، ولو تنازعا في دابة وأحدهما راكب والآخر متعلق باللِّجَام، قضي بها للراكب، ولو كانا جميعاً راكبين: أحدهما في السَّرج، والآخر خارج السّرج، قضي بينهما بالإجماع.

وروي عن أبي يوسف:/ أنه يقضىٰ للراكب في السَّرج. [١٦٤-ب]

ولو تنازعا في بساط: وأحدهما جالس عليه، والآخر متعلق به، قضي بالبساط بينهما، ولا يكون الجالس أولىٰ بجلوسه والنوم عليه.

[ثُبُوتُ اليَدِ فِي العَقَارَاتِ]

ولو تنازعا في دار وأحدهما ساكن فيها، أو أحدث فيها شيء من البناء، أو حفر، قضي بالدار لصاحب البناء والحفر والسكنىٰ؛ لأنها صارت في يده بالتصرف فيها، ولو لم يكن لواحد منهما تصرف، ولكن أحدهما داخل فيها والآخر خارج منها، فلا يقضىٰ بالدار للداخل؛ لكونه فيها، وكذلك لو كانا فيها جميعاً، فلا يقضىٰ بها لواحد منهما إلا بالبينة؛ لأن اليد في العقارات إنما تثبت بالتقليب والتصرف فيها، ولا تثبت اليد لكونه فيها، وهذا كله عند عدم البينة، ولو أقاما جميعاً البينة: فبينة الخارج أولىٰ من بينة صاحب اليد(١).

[امتناع صاحب السفل بناء سفله إذا انهدم]

قال: (وإذا كان لرجل سُفْل، وللآخر عليه عُلْو، فسقطا جميعًا، فأبىٰ صاحب السُّفْل أن يبني سُفْله، لم يُجْبَرْ على ذلك، وقيل لصاحب العُلْو: إن شئت فابن سُفْلَه(٢)، ثم ابْنِ عليه عُلْوك، وامنع صاحب السفل من سفله حتىٰ يؤدي إليك ما

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ٣٥٣، ٣٥٤.

(٢) «وإنما لم يُجْبر واحد منهما على البناء إذا أباه؛ لأنه لم يتعدَّ في طَرحه، ولا يُجْبَر على بناء =

أنفقته [فيه])[١]. هكذا ذكر في ظاهر الرواية، وقيل: الصحيح أن يغرم صاحب السفل قيمة بنائه مبنياً لا ما أنفق عليه[٢]، ولا يكون صاحب العلو متبرعـاً في بنائه؛ لأنه مضطر فيه.

ولو كان حائط بين دارين فانهدم وكان لهما عليه بناء، فامتنع أحدهما عن البناء وبناه الآخر، فله أن يضع عليه بناءه كما قبل الانهدام، ويمنع الآخر عن وضع بنائه عليه حتى يعطيه نصف القيمة، وقيل: هذا إذا كان موقع الحائط ليس بعريض، ولا يمكن لكل واحد منهما أن يبني حائطاً في نصيبه بعد القسمة، وأما إذا كان موضع الحائط عريضاً يمكنه قسمته، وأن يبني كل واحد منهما في نصيبه بحائط تصلح لوضع البناء عليه، فبناه بغير إذن صاحبه، يكون متبرعـاً، ولا يكون له الرجوع على صاحبه.

[مَا لصَاحِبِ السُّفْلِ أن يَعْمَلَ فِي سُفْلِهِ]

وإذا كان السفل لرجل والعلو لآخر، فأراد صاحب السفل أن [يتد وتداً][٣] على الحائط، وينقب كُوَّة[٤]، أو يحفر طاقاً وليس فيه مضرة لصاحب العلو، فليس لصاحب العلو أن يمنعه عن ذلك في قولهما، وفي قول أبي حنيفة: له ذلك، وإن كان فيه مضرة لصاحب العلو، كما إذا أوجب وَهْن الحائط، فله أن يمنعه عن ذلك بالإجماع.

= ملكه لأجل صاحبه»، شرح المختصر ٣/ ٢٠٥.

(١) مختصر الطحاوي ص٩٩.

(٢) هذا وقد نقد الجصاص أيضاً قول الطحاوي في هذا الموضع (من أن يَرُدَّ عليه النفقة): «ليس بسديد، إلاّ أن تكون النفقة مثل قيمة البناء؛ لأنا نحتاج أن نملكه هذا البناء في الحال، فتعتبر قيمته وقت التمليك»، ٣/ ٢٠٥.

(٣) في أ (يفك وتراً)، والمثبت من م.

(٤) الكُوَّة: «ثقب البيت»، وهي الخرق في الجدار، يدخل منه الهواء والضوء». انظر: المغرب؛ المعجم الوسيط (كوّ).

ولو أراد صاحب السُّفْل (أن يحفر في سُفْله بَالُوعَةً[١]، أو بئراً، أو سِرْدَاباً[٢]، فله ذلك، وليس لصاحب العلو منعه، وكذلك لو أراد صاحب السفل)[٣] إيقاد النار للطبيخ أو للخبز، أو صَبّ الماء للغسل والوضوء، فإنه لا يمنع عن ذلك، إلاّ إذا تعدىٰ ضرره إليه فإنه يمنع عن ذلك.

[مَا يَجُوزُ لِصَاحِبِ العُلُوِّ أنْ يَعْمَلَه]

ولو أراد صاحب العلو أن يبني على علوه بناءً أو بيتاً، فلصاحب السفل منعه عن ذلك في قول أبي حنيفة، سواء كان فيه مضرة (لصاحب السفل أو لم يكن، عندهما: ليس له حق المنع إذا لم يكن بمضرة له)[٤].

وأما [السكنىٰ] في العلو، وإيقاد النار، وصب الماء للوضوء أو الغسل، فلا يمنع عن ذلك بالإجماع.

وبيع السفل جائز، سواء كان مبنياً أو غير مبني، وبيع العلو إنما يجوز إذا كان مبنياً، وإذا لم يكن مبنياً فلا يجوز بيعه[٥].

[إِقَامَةُ الشُّرْفَةِ أَوْ المِيْزَابِ إلى طَرِيقٍ نَافِذٍ أَوْ غَيْرِ نَافِذٍ]

قال: (وإذا [أشرع][٦] الرجل إلى الطريق جَنَاحاً[٧] أو ميزاباً)، فهذا لا يخلو: إما أن تكون السِّكَّة نافذة أو غير نافذة، أما إذا كانت السكة نافذة فإنه ينظر: إن كان

---

(١) «البَالُوعَة: ثقب يُعَدُّ لتصريف الماء، وجمعها: بواليع». المعجم الوجيز (بلع).

(٢) «السِّرْداب: بناء تحت الأرض، يُلْجَأ إليه من حرّ الصيف». المعجم الوجيز (سرد).

(٣) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٤) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٥) انظر: الجامع الصغير (مع النافع الكبير) ص٢٧١، ٢٩٣؛ المبسوط للسرخسي ١٥/ ١٤؛ كتاب الحيطان للصدر الشهيد ص ١٩٩ - ٢٠٨.

(٦) في أ (انتزع)، والمثبت من م.

(٧) الجَناح: الرَّوشَن: الشُّرْفة: أعلىٰ الشيء، والمراد هنا: بناء خَارج البيت يُسْتَشْرَف منه على ما حوله، والجمع: شُرَف. انظر: المعجم الوسيط (جنح، رشن، شرف).

ذلك يضر بالمَارِّيْن، فلا يَحِلُّ له ذلك في دينه، ولكل واحد أن يقلع ذلك، وإن لم يكن فيه بالمَارِّيْن ضرر بحال، حَلَّ له الانتفاع به ما لم يتقدمه أحد بالدفع والنقض، فإذا تقدم إليه بذلك واحد من عرض الناس، فليس له الانتفاع بعد ذلك، ولا يحل له عند أبي حنيفة، وقالا: يحل له الانتفاع بعد التقدم كما كان يحل له قبله(١).

وكذلك هذا الحكم في غرس الأشجار، وبناء الدكان، والجلوس للبيع والشراء على قارعة الطريق على هذا / . [١٦٥-أ]

ولو تقدم إليه متقدم فصالح صاحب الجناح معه على مال للترك، وأخذ من المتقدم مالاً للطرح والنقض، فلا يجوز هذا الصلح، ويكون ذلك رشوة يجب عليه رده.

ولو [أشرع] ذلك إلى سكة غير نافذة، فإنه ينظر في ذلك: إن كان له حق في القديم فلا يمنع عن ذلك، وإن لم يكن له حق فلأَهْلِ السِّكَّةِ أن يمنعوه، سواء كان عليهم مضرة في ذلك أو لم يكن، ولو خاصمه واحد من أهل السكة، فصالح معه على مال للترك، وأخذ منه مالاً للطرح والنقض، فإن الصلح جائز، ويطيب له المال؛ لأن هذا ملك مشترك بينهم فلكل واحد منهم في [ذلك] نصيب.

وإذا أخذ عِوَضاً على إبطال نصيبه في ملك مشترك، جاز له ذلك، وأما في طريق المسلمين فلا ملك لأحد فيه، فيكون فيه أخذُ مالٍ بغير عوض يقابله؛ فلذلك افترقا(٢).

[الصُّلْح على الأقل من الحق اللازم]

قال: (**وإذا كان لرجل على رجل مال**)(٣)، فهذا لا يخلو: إما أن يكون حالاً،

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٠١.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٠٦، ٢٠٧.

(٣) وتكملة عبارة المختصر: «... إلى أجل، لم يحل، فصالحه على أن يعطيه بعضه حَالاً، =

أو إلى أجل، فإن كان حالاً، فصالح الطالب مع المطلوب بأقل من حقّه من جهة القدر، أو من جهة الوصف، أو بأقل من جهة القدر والوصف جميعاً، فالصلح جائز، [وقبض][١] ما وقع عليه الصلح قبل الافتراق ليس بشرط، ويجوز هذا الصلح حالاً ومؤجلاً؛ لأن هذا حَطّ وإبراء رضي بدون الحق[٢].

ولو صالح على أقل من حقه من جهة القدر، ولكن أزيد من جهة الوصف، نحو: أن يكون حقه ألف درهم مبهرجة، فصالحه على خمسمائة جيدة نقد بيت المال.

كان أبو يوسف يقول أولاً: بأنه يجوز لأنه حَطٌّ، والآخر أحسن إليه في قضاء الباقي، حتى أنه لو امتنع عن ذلك، لزمته خمسمائة مبهرجة، ثم رجع عن ذلك إلى قول أبي حنيفة ومحمد. وقالا: لا يجوز الصلح وعليه رَدُّ ما قبض، والرجوع عليه بجميع حقه؛ لأن فيه معاوضة الجَوْدَة بما حَطَّ، فيكون اصطناع المعروف من الجانبين جميعاً، فبطل الصلح، وإن كان اصطناع المعروف من جانب واحد صَحَّ الصُّلْحُ.

[الصُّلْحُ عَلَىٰ أَزْيَدَ مِنَ الحَقِّ الثَّابِتِ]

ولو صالحه من حقه على أزيد من جهة الوصف، يجوز الصلح، والقبض قبل الافتراق شرط: نحو أن يكون حقه ألف درهم نبهرجة، فصالحه منها على

= وعلى أنه بريء مما بقي منه، فإن ذلك لا يجوز» ص١٠٠، وقد ذكرها الشارح بأسلوبه مع زيادة كثيرة، وهكذا في المسائل كلها.

(١) في أ (وقع)، والمثبت من م.

(٢) قال الجصاص: «الأصل في هذه المسألة ونظائرها: أن يُنْظَر إلى ما وقع عليه الصلح، فإن كان مما استحقه بعقد المداينة، فهذا جائز، وما بقي فهو مُبَرَّأٌ منه، وإن كان مما لا يستحقه بعقد المداينة، فهذا عقد مستأنف بينهما، فيُحمل على نظائره من العقود في صحته وفساده»، ٣/ ٢٠٩.

ألف درهم نقد بيت المال، جاز الصلح، ولكن القبض قبل الافتراق شرط؛ لأنه استبدال فيكون صرفاً.

ولو كان هذا الصلح مؤجلاً، لم يجز الصلح؛ لأنه صرف، ولو صالح على أزيد من حقه من جهة القدر، فلا يجوز؛ لأنه ربا.

ولو صالح منها على دنانير جاز الصلح، والقبض في المجلس قبل الافتراق شرط؛ لأنه صرف، ولو صالح من الدراهم على مال آخر من الكَيْلِيِّ، والوَزْنِيِّ، أو العُرُوض، والحَيْوان، فإنه ينظر: إن كان ما وقع عليه الصلح مُعَيَّناً، صَحَّ الصلح، والقبض في المجلس ليس بشرط، وإن كان موصوفاً غير مُعَيَّنٍ، فلا يجوز هذا الصلح؛ لأن الدَّين عليه دراهم ودنانير، وذلك ثمن على كل حال، والذي وقع عليه الصلح بيع، فيكون بائعاً ما ليس عنده، فلا يجوز[1].

[الصُّلْحُ عَلَىٰ الأَقَلِّ مِنَ الحَقِّ مَعَ تَعْجِيْلِ الدَّفْعِ]

ولو كان عليه ألفٌ إلى أَجَلٍ، فصالحه منها على أقل من حقه من جهة القدر، أو من جهة الوصف، أو أقل منهما جميعاً، على أن يُعَجِّل له ما وقع عليه الصلح، فإن هذا الصلح فاسد، وعليه ردُّ ما قبض، والرجوع برأس ماله بعد محل الأجل؛ لأن في ذلك معاوضة للأجل بالخطر، والأجل لا يجوز [الاعتياض] عليه، ولو لم يشترط تعجيل ما وقع عليه الصلح، فالصلح جائز، ويكون هذا خطأ من الطالب ورضاً بدون حقه، وله أن يأخذ الباقي بعد محل الأجل، ولو صالح على تمام حقّه على أن يعجل، جاز الصلح؛ لأن القبض هاهنا قبل الافتراق شرط.

وكذلك لو صالح منها على دنانير، أو كانت عليه دنانير حَالَّة أو إلى أجل، فصالح منها، فالحكم ما ذكرنا في الدراهم.

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢١٠، ٢١١.

[الصُّلْحُ عَلَىٰ الأَقَلِّ مِنَ الحَقِّ مَعَ عَدَمِ تَوْقِيْتِ الدَّفْعِ]

ولو كان له على رجل ألف درهم، فصالح معه على خمسمائة، على أن / [١٥٦-ب] يعطيه إياها ولم يوقت لهذه الخمسمائة وقتاً، فالصلح جائز، ويكون هذا منه حَطّاً للخمسمائة الباقية، وقبض الخمسمائة التي وقع عليها الصلح قبل التفرق ليس بشرط.

وكذلك لو قال: حططت عنك خمسمائة على أن تعطيني الخمسمائة، فالحَطُّ جائز، ولو قال: صالحتك على خمسمائة على أن تعطيني الخمسمائة اليوم، فإن لم تعطني فالألف عليك على حالها، فإن أعطاه فالصلح ماضٍ، وإن لم يعطِهِ حتى مضىٰ اليوم، فالألف عليه، ولو قال بلفظ الحَطِّ فكذلك.

وفصل ثالث اختلفوا فيه: وهو أن يقول: صالحتك من الألف على خمسمائة على أن تعطيني اليوم، أو قال: حَطَطْت عنك، ولم يقل إن لم تعطني اليوم؛ فالألف عليك، فإن أعطاه اليوم خمسمائة برئ من الخمسمائة الباقية بالإجماع.

وإن لم يعطه حتى مضىٰ اليوم، عاد جميع الألف في قول أبي حنيفة ومحمد، كما إذا ذكر اليوم، وقال أبو يوسف: لا يعود كما إذا لم يوقت للأداء وقتاً(١).

وكذلك هذا الاختلاف لو قال له: أدِّ إليَّ من الألف خمسمائة غداً على أنك بريء من الباقي، ولو قال [له]: إن أديت إليَّ خمسمائة فأنت بريء من الباقي، أو قال: متىٰ أديت، فأدَّىٰ خمسمائة، فإنه لا يبرأ من الخمسمائة الباقية بالاتفاق؛ لأنه علق البراءة بشرط الخطر، وتعليق البراءة بالخطر باطل، بخلاف ما إذا كان بلفظ الصلح، أو بلفظ الحَطّ، أو بلفظ الأمر؛ لأنه ليس بتعليق هذا بالدراهم والدنانير.

فأما إذا كان عليه كُرّ حنطة دين فصالح منه على أقل من حقّه [من جهة القدر أو الوصف، أو] من جهة القدر والوصف جميعاً، جاز الصلح، ويكون حَطّاً،

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢١٠، ٢١١؛ فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ٥٦٨، ٥٦٩.

والقبض ليس بشرط في المجلس، ويجوز مؤجلاً؛ لأنه رضي بدون حقه[١].

ولو كان الكُرُّ مؤجلاً فصالحه على بعضه على أن يعجل [الباقي] لم يجز الصلح على ما ذكرنا في الدراهم والدنانير، ولو صالح على أزيد من [حقّه من] جهة الوصف، جاز، والقبض في المجلس ليس بشرط؛ لأن ذلك ليس بصرف، وهذا إذا كان عيناً.

وإن كان غير عين فالقبض في المجلس شرط، حتىٰ لا يقع الافتراق عن دين بدين، ولو صالح معه على دراهم أو دنانير أو فلوس، فالصلح جائز، ولكن القبض شرط وإن كانت بأعيانها؛ لأن هذه الأشياء ثمن فلا تتعين بالتعيين.

ولو صالح معه على كيلي أو وزني من خلاف جنس ذلك، جاز الصلح، والقبض ليس بشرط، وإن كان موصوفاً بغير عينه، جاز الصلح أيضاً، ولا يكون بيعاً، بخلاف ما إذا كان له عليه دراهم أو دنانير، فصالحه على كيلي أو وزني موصوف بغير عينه، لم يجز؛ لأنه مبيع حيث قوبل بالأثمان، إلا أنه يشترط القبض هاهنا قبل الافتراق، حتى لا يكون الافتراق عن دين بدين، هذا إذا كان الكُرُّ مما يجوز الاستبدال فيه قبل القبض.

وأما إذا كان مما لا يجوز فيه الاستبدال به قبل القبض: كالسَّلَم، فلا يجوز الصلح منه، على خلاف جنس حقه بحال، إلا أن يكون الصلح منه على رأس المال، فيكون ذلك منه إقَالَةً وفَسْخاً.

[الصُّلْحُ بِقِيمَةِ المُسْتَهْلَكِ بالدَّرَاهِمِ والدَّنَانِيْرِ]

ولو كان الواجب [عليه] قيمة المستهلك، والقيمة دراهم أو دنانير، فإن صالحه على الدراهم أو على الدنانير حَالَّةً، أو مُؤَجَّلَة، جاز الصلح؛ لأن الصلح وقع على

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢١١؛ فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ٥٦٩.

عين حقه من طريق الحكم والفتوىٰ، ولو صالحه على غير الدراهم والدنانير، فإنه ينظر: إن كان مُعَيَّنـًا جاز الصلح؛ لأن الصلح وقع عن العين، والقبض في المجلس ليس بشرط، وإن كان غير مُعَيَّنٍ موصوفـًا، فالصلح جائز، والقبض في المجلس شرط.

ولو كان المستهلك له مثل من جنسه: كالكيلي، والوزني الذي ليس في تبعيضه من مضرة، فالواجب عليه مثله، فيكون حكم الصلح فيه كالصلح في كُرّ حنطة، ومسائل أول الباب فإن الصلح عن العين، وفي هذه المسائل كان الصلح عن الدين، وكذلك الحكم / لو كان الذي عليه (الدَّين مُنْكِراً أو سَاكِتـًا، فهو على ما ذكرنا. [١٦٦-أ]

[الصلح على جارية، ثم استحقت بعد أن أولدها]

قال: وإذا ادعىٰ رجل على رجل مالاً فصالحه منه على جارية)[١] بعينها، وقبضها واستولدها، ثم جاء مستحق فاستحقها، فإن المستحق يأخذها، ويأخذ من المستولد عُقْرَها، وقيمة ولدها وقت الخصومة؛ لأن هذا ولد [عن الدعوىٰ المغرور] ، [وولد المغرور][٢] حُرٌّ بالقيمة، فإن كان الولد قد مات قبل أن يقضي عليه بقيمته، فلا يقضىٰ عليه بقيمة الولد، ثم ينظر: إن كان الصلح عن إقرار، رجع بما ادعىٰ وبما ضمن من قيمة الولد، وإن كان الصلح عن إنكار أو سكوت، رجع على دعواه لا غير، فإن أقام البينة على دعواه أو حَلَّفَه فنكل، رجع بما ادعىٰ وبما ضمن من قيمة الولد، ولا يرجع بالعُقْرِ في الفصول كلها، ولو لم يكن ما ادَّعَىٰ مالاً، ولكنه ادَّعَىٰ قصاصـًا في نَفْسٍ أو فيما دونها، فصالح معه على جارية فاستولدها، ثم استحقت الجارية، فإنه ينظر: إن كان الصلح عن إقرار فلا يبطل

(١) ما بين القوسين ساقطة من م. وعبارة المختصر: «وإذا ادَّعَىٰ الرجل على الرجل داراً، فأنكر ما ادَّعَىٰ عليه فيها، فصالحه من دعواه على جارية، وسلَّمها إليه، فوطئها المُصَالَح، فأولدها ولداً، ثم جاء مستحق ...»، ص١٠٠.

(٢) في أ (وولد المعرفة، وولد المعرفة)، والمثبت من م.

الصلح بالاستحقاق، ولكنه يرجع على المُدَّعَىٰ عليه بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة الولد، ولا يرجع بالعُقْرِ، وإن كان الصلح عن إنكار أو سكوت، ثم أقام البينة على دعواه، أو حَلَّفَهُ فنكل، فكذلك يرجع بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة الولد، وإن حلفه فحلف لا يرجع بشيء(١).

[الصلح على عدم الاستحلاف]

قال: **(وإذا ادَّعَىٰ على رجل مالاً أو ما سواه، فأنكر ذلك، ولم يكن له عليه بَيِّنَة، فطلب يمينه، فأوجب القاضي ذلك [له] عليه، فصالحه عن الثمن على دراهم مسمّاة، على أن لا يستحلفه فيها على ذلك، فإن الصلح جائز، وهو بذلك بريء من اليمين)**(٢).

وكذلك لو قال: صالحتك من اليمين التي وجبت لك عَلَيّ، أو قال: افتديت منك يمينك بكذا، [فكل ذلك يجوز]، ولو باعها المدعي منه لا يجوز إذا كان بلفظ البيع والشراء، وإن كان بلفظ الصلح والافتداء يجوز، ويجوز في الصلح ما لا يجوز في البيع.

[الصلح على دار بمال معلوم]

قال: **(وإذا ادَّعَىٰ داراً في يد رجل فصالحه على مال معلوم)**(٣)، فإن كان الصلح عن إقرار يجب للشفيع فيها الشفعة؛ لأن صاحب اليد مُقِرٌّ بأن الدار كانت للمدعي،

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢١١، ٢١٢.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٠١. قال الجصاص: «هذه المسألة مبنية على جواز الصلح على الإنكار، والعلة فيهما واحدة: وهي أن دخولهما في العقد، اعتراف منهما بجوازه، ولأن المدَّعِي يزعم أنه أخذه عمَّا له عليه، فيحمل أمره فيما أخذه على الجواز والصحة، حتى يتبين غيره»، ٣/ ٢١٤.

(٣) المرجع السابق نفسه.

وإنما صارت له بهذا الصلح، فصار بمنزلة الشراء، فإن كان ما وقع عليه الصلح مثلياً أخذها الشفيع بمثله من صاحب اليد، وإن كان غير مثلي أخذها بقيمته، وإن كان الصلح عن إنكار فلا شفعة للشفيع فيها؛ لأن من زعم المُدَّعَىٰ عليه أن الدار كانت له، وإنما بذل المال للمدعي لدفع باطل خصومته لا بدلاً للدار، ولكن الشفيع يقوم مقام المدعي، وله أن يدلي بحجته، فإن أقام البينة على صاحب اليد أن الدار كانت للمدعي، أو حلف المُدَّعَىٰ عليه فنكل، فله الشفعة؛ لأنه ثبت أن الدار إنما حصلت له بالصلح، فصارت بمنزلة الشراء.

ولو وقع الصلح على أرض بعينها، أو على دار بعينها للمدعىٰ عليه، يجب للشفيع الشفعة فيها بقيمة الدار المتروكة، سواء كان الصلح على إقرار أو على إنكار؛ لأن من زعم المدعي أنه إنما أخذها بدلاً عن [الدار] المتروكة، وأن للشفيع فيها الشفعة، فاستوىٰ في المأخوذ حكم الإقرار والإنكار، واختلف في المتروكة حكم الإقرار والإنكار.

ولو صالح من دعواه في الدار على منافع لا علىٰ عين مال، فلا شفعة في المتروكة، سواء كان الصلح عن إقرار أو عن إنكار؛ لأن بدل الدار ليس بعين [مال].

ولو اصطلحا على أن يأخذ المدعي الدار ويعطيه داراً أخرىٰ، فيجب في كل واحدة من الدارين الشفعة بقيمة الدار الأخرىٰ، إذا كان الصلح عن إنكار؛ لأن الصلح إذا كان عن إنكار كانت هذه مبادلة دار بدار.

ولو كان الصلح مثل هذا عن إقرار، فلا يَصِحُّ الصلح، ولا تجب الشفعة فيهما جميعاً؛ لأن الدارين مِلْكُ المُدَّعِي[1].

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ٣/ ٢١٤.

[الصلح على عَرْض ووجد به عَيْبًا]

قال: (**ولو صالحه من دعواه على عَرْضٍ بعينه، [وقبضه]، ثم وجد به عيبًا، كان له أن يرده به وينتقض الصلح / بالرد، ويعود على دعواه**)(١)؛ لأنه تَعَيَّنَ للعقد فيتعين للرد والفسخ، وكذلك له أن يرده بخيار الرؤية. [١٦٦-ب]

وفَرّق الطحاوي بين الصلح عن إقرار وبين الصلح عن إنكار، وقال: إذا كان الصلح عن إقرار يكون بمنزلة البيع والشراء، وله أن يرده بالعيب اليسير والفاحش كما في الشراء، وإذا كان الصلح عن إنكار، فليس له أن يرده بالعيب اليسير، وله أن يرده بالعيب الفاحش، وجعله كالمهر، وبدل الخلع، وبدل الصلح عن القصاص(٢)؛ لأن ما يقابل بدل الصلح هاهنا ليس بمال، وإنما هو الدعوىٰ، فصار كالعقود التي هي مبادلة مال بغير مال، إلاَّ أن محمداً لم يفصل في كتاب الصلح بين الصلح عن إقرار وبين الصلح عن إنكار، واعتبرهما في الجانبين جميعًا بالبيع والشراء، حتى أثبت له الرد بخيار الرؤية فيهما، وينفسخ العقد برده.

[الصلح في المنقول وغير المنقول]

ولو كان ما وقع عليه الصلح منقولاً، لا يجوز للمدعي بيعه قبل القبض، ولو كان عَقَاراً يجوز بيعه عند أبي حنيفة وأبي يوسف قبل القبض، وعند محمد: لا يجوز.

ولو كان هذا كالعقود التي هي مبادلة مال بغير مال، لكان يجوز بيعه قبل القبض منقولاً كان أو غير منقول، ولم يذكر(٣) له الرد بخيار الرؤية كما في تلك العقود.

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٠١.
(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١٠١؛ شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٣/ ٢١٥.
(٣) في م (ولم يكن له).

ولو وجد فيما وقع عليه الصلح عيباً، ولم يقدر على ردِّه لأجل الهلاك، أو لأجل الزيادة أو النقصان في يد المُدَّعِي، فإنه يرجع على المُدَّعَىٰ عليه بحصة العيب فيما ادَّعَىٰ إن كان الصلح عن إقرار.

وإن كان الصلح عن إنكار رجع بحصة العيب على المُدَّعِي في دعواه، فإن أقام البينة أو حَلَّفَه فَنكَل، استحق حصة العيب منه، وإن حلف فلا شيء عليه.

قال: وإذا ادعىٰ رجل على رجل مالاً فأنكره المُدَّعَىٰ عليه، فصالح مع المدعي غير المدعىٰ عليه على مال معلوم، فهذا الصلح لا يخلو: إما أن يكون بأمر المدعىٰ عليه أو بغير أمره، ولا يخلو: إما أن يضمن هذا المصالح بدل الصلح أو لم يضمنه:

أما إذا لم يضمن بدل الصلح نحو أن يقول: صالحتك عن دعواك مع فلان على ألف درهم، ينظر: إن كان المدعىٰ عليه أمره بالصلح، فالصلح نافذ جائز، وبدل الصلح على المدعىٰ عليه دون المصالح.

ولو كان الصلح بغير أمره: توقف على إجازته، فإن أجازه، جاز، [كان البدل][1] عليه دون المصالح، وإن أبطله، بطل الصلح، والمدعي علىٰ دعواه[2].

وأما إذا ضمن بذلك الصلح نحو أن يقول: أصالح عن دعواك على فلان على مائة درهم هذه، أو قال: أصالحك عن دعواك على فلان على مائة درهم، وأضاف عقد الصلح إلى نفسه أو إلى ماله، كان الصلح جائزاً، وبدل الصلح على هذه المصالح الضامن، سواء كان بأمر المدعىٰ عليه أو بغير أمره، وليس للمدعي على المدعىٰ عليه سبيل، والمصالح يرجع على المدعىٰ عليه بما ضمن، وأَدَّىٰ إن كان الصلح بأمره، سواء كان أمره بالضمان أو لم يأمره بعد أن أمره بالمصالح، والأمر بالصلح أمر بالضمان.

---

(١) في أ (ولا بدل)، والمثبت من م.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١٠٢؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢١٥، ٢١٧.

وإن كان بغير أمره يكون متبرعـاً ولا يرجع عليه بشيء، وكذلك هذا في الخلع إن لم يضمن بدل الخلع، وإن كان بغير أمرها فالخلع موقوف، إن أجازته جاز، وإن أبطلته بطل، وإن كان بأمرها فالخلع جائز، وبدل الخلع عليها، بخلاف النكاح، فإن الأمر بالنكاح لا يكون أمراً بالضمان: وهو أن الوكيل بالنكاح إذا ضمن المهر للمرأة، فالمرأة بالخيار: إن شاءت أخذت المهر من الزوج، وإن شاءت من الوكيل الضامن، ولا يرجع الوكيل بما أدىٰ على الزوج، والفرق بينهما: أن الخلع يجوز على المرأة بغير أمرها، ألا ترىٰ أن فضولياً لو قال لآخر: اخلع امرأتك على مائة درهم من مالي، فخلع جاز، فلما كان الخلع يجوز على المرأة بغير أمرها، ففائدة أمرها الرجوع عليها بالضمان الذي وجب، فكذلك الأمر بالصلح أمر بالضمان لهذا المعنىٰ.

وأما النكاح فلا يجوز على الرجل بغير أمره، ففائدة أمره جوازه لا ثبوت الرجوع؛ فلذلك افترقا. والله سبحانه وتعالىٰ أعلم. / [١٦٧-أ]

/ كتاب الحوَالة(١) والكفالة(٢) والضمان [١٦٧-أ]

[شروط الحوالة]

قال أبو جعفر رحمه الله: (وإذا أحال رجل لرجل بمال له عليه على رجل له عليه مثله، ورضي المحتال له(٣) والمحتال عليه بذلك، فقد برئ المُحِيل من مال المحتال له على المحتال عليه)(٤).

والحوالة مبرئة، والكفالة غير مبرئة، والطالب بالخيار: إن شاء طلب حقه من الأصيل، وإن شاء من الكفيل، إلّا أن تكون الكفالة بشرط براءة الأصيل، فتكون حوالة، وفي قول زفر: الحلول الحوالة والكفالة سواء، وكل واحدة منهما غير مبرئة للأصيل؛ لأنّ كان كل واحد منهما تحمل الضمان عن الغير، وإنما يصح

---

(١) (الحَوالة في اللغة: مشتقة من التحويل والنقل، وهو نقل الشيء من محل إلى محل.

وفي الشرع عبارة عن: تحويل الدين من ذمة الأصيل إلى ذِمَّة المُحال عليه، على سبيل التوثق به). الجوهرة ص١٠٧.

(٢) الكفالة لغة: بمعنىٰ الضمّ، قال المطرزي: (الكفيل: الضامن، وتركيبه دال على الضم والتضمين). المغرب (كفل).

وشرعـاً: عرفها الموصلي بأنها: (ضمُّ ذِمَّة الكفيل إلى ذِمَّة الأصيل في المطالبة). الاختيار ٢/ ١٦٦؛ وزاد الحدادي: (دون الدين، بل أصل الدين في ذمة الأصيل على حاله). الجوهرة ص ٤٠٠.

(٣) عبارة المختصر ومتن الشرح: (... فرضي المحتال والمحتال عليه) ص١٠٢؛ وفي الشرح: (فرضي المحال والمحال عليه بذلك) ٣/ ٢٢١.

(٤) مختصر الطحاوي ص١٠٢. (والأصل في جواز الحوالة: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (مَطْل الغني ظلم، وإذا أحيل أحدُكم على مليء، فليحتل)، وفي بعض ألفاظه: (فليتبع) [البخاري (٢١٦٦)؛ ومسلم (١٥٦٤)]).

التحمل إذا كان الأصيل ضميناً.

وقال مالك: الحوالة والكفالة سواء، كلتاهما مبرئتان الأصيل، وللطالب أن يأخذ حقه من الضمين خاصة؛ لأن الحق واحد، فأما إذا لم يجعل الأصيل بريئاً يصير حقين[١].

إلا أن علمائنا فرقوا بين الحَوَالة والكَفَالة، فقالوا: الحوالة مبرئة لأنها مشتقة من التحويل، والحق متىٰ تحول من ذِمَّةٍ إلى ذمة تبقىٰ ذمة الأول فارغة؛ لأنك إذا حَوَّلت الشيء من موضع إلى موضع يبقىٰ المكان الأول فارغاً لا محالة، والكفالة غير مبرئة؛ لأنها مشتقة من الكفيل وهو الضَّمُّ، وضَمُّ الشيء إلى الشيء لا يوجب فراغ الأول، إلا أن يكون بشرط براءة الأصيل، حينئذٍ صارت حوالة؛ لأنها في معنىٰ الحوالة.

ثم في الحوالة تحتاج إلى معرفة أشياء أربعة: المحيل: وهو الذي عليه الدين الأصلي، والمحتال له: وهو الطالب الذي له الدين، والمحتال عليه: وهو الذي قبل الحوالة، والمحتال به: وهو المال الذي أحيل به.

وكذلك في الكفالة تحتاج إلى معرفة أربعة أشياء: المكفول عنه: وهو الذي عليه الدين، والمكفول له: وهو الذي له الدين، والكفيل: وهو الذي يثبت عليه الدين بالكفالة، والمكفول به: وهو الدين.

ولو كانت الكفالة بالنفس فكذلك، إلا أنه يقال للمكفول بنفسه مكفول به، ولا يقال: مكفول عنه.

ثم الحوالة على ضربين: حوالة مقيدة، وحوالة مطلقة: فالمقيدة: أن يقيدها بما عليه من الدين، والمطلقة: أن لا يقيدها به.

---

(١) انظر: المدونة ٤/١٤٨، ١٢٩؛ التفريع ٢/٨٨٨؛ الكافي ص ٣٩٨، ٤٠١؛ المعونة ٢/١٢٢٧، ١٢٣١.

[بَرَاءَةُ المُحِيْلِ مِنْ دَيْنِ المُحْتَالِ لَهُ]

والحوالة جائزة في هذا كله، ويبرأ المحيل من دين المحتال له، وليس بعد الحوالة له على المحيل سبيل، إلا أن يتوي ما على المحتال عليه، فإذا توىٰ عليه بطلت الحوالة، وعاد الدين على المحيل كما كان في الأصل هذا عندنا[١]، وعند الشافعي: التواء على المحتال له، ولا يعود الدين على المحيل[٢].

ثم التواء على وجهين عند أبي حنيفة: أحدهما: أن يموت المحتال عليه مفلساً: ولم يترك مالاً عيناً ولا ديناً على الناس، ولا كفيلاً عن المحتال عليه وللمحتال له.

والثاني: أن يجحد المحتال عليه الحوالة، ولم يكن للمحتال له ولا للمحيل بينة، وحلف المحتال عليه، فقد توىٰ وعاد المال إلى المحيل، ولا يكون التواء عند أبي حنيفة غير هذين الوجهين.

وعندهما: التواء على ثلاثة أوجه: وجهان ما ذكرناهما. ووجه ثالث: أن يحكم الحاكم على المحتال عليه بالإفلاس؛ لأنهما يريان القضاء بالإفلاس، وأبو حنيفة لا يراه.

والحوالة تصح بغير أَمْرِ مَنْ عليه الدين كما تصح بأمره[٣]، والحوالة بغير أمره: أن يجيء رجل إلى الطالب فيقول: إن لك على فلان كذا كذا من الدين، فاحتل

---

(١) وعبارة المختصر: (... ولم يكن للمحتال أن يرجع على المحيل بشيء، ما لم يتْوِ المال على المحتال عليه، فإذا توىٰ، رجع المحتال بماله على المحيل)، ص١٠٢.

(٢) انظر: المهذب ٣/ ٣٠٩.

(٣) (وإنما جازت الحوالة بغير أمر الذي عليه المال؛ لأن براءته من المال ليست بموقوفة على قبوله، ألا ترىٰ أنه لو أبرأه من المال بغير حوالة، صحَّت البراءة ما لم يفسخا بالرَّدِّ، فإذا كانت حوالة، احتيج فيها إلى قبول المحال عليه؛ لأن المحيل لم يرض بإبراء صاحب الأصل إلا بضمان المحال عليه). شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٢٦.

به عليَّ، فرضي بذلك الطالب، صَحَّت الحوالة وبرئ الأصيل إلا إذا نوىٰ ما على المحتال عليه، والتواء ما ذكرنا، غير أن الفرق بين الحوالتين: أن الحوالة إذا كانت بأمر المحيل فأدَّىٰ المحتال عليه الدين، فإن له أن يرجع على المحيل إذا لم يكن عليه دين مثله للمحيل، (وإن كان عليه دين مثله صار قصاصـًا لما أدّىٰ، وإذا لوزم المحتال عليه كان له أن يلازم المحيل؛ لتخليصه عن ملازمة المحتال له.

وإذا حبسه كان له أن يحبسه، إلاّ أن يكون عليه دين مثله للمحيل)[١]، وقد أحال بماله عليه مقيداً، فليس للمحتال / عليه أن يلازم، والمحيل إذا لوزم وليس [١٦٧-ب] له أن يحبسه إذا حبس، ولا يرجع عليه إذا أدَّىٰ، ولكن يسقط ما عليه من الدين، ولو كانت الحوالة بغير أمر الأصيل فلوزم المحتال عليه، فليس له ملازمة الأصيل، وليس له أن يحبسه إذا حبس، وإذا أدىٰ لا يرجع ولا يسقط أيضـًا دينه الذي عليه؛ لأنه متبرع في ذلك فلا يرجع على غيره[٢].

[الحَوَالَةُ المُقَيَّدَةُ والمُطْلَقَةُ]

والفرق بين الحوالة المقيدة، والحوالة المطلقة: أن الحوالة إذا كانت مقيدة انقطعت مطالبة المحيل عن المحتال عليه، ولو تبين براءة المحتال عليه من الدين الذي قَيَّدَ الحوالة به؛ بطلت الحوالة، (نحو أن يكون عليه ثمن مبيع فاستحق المبيع، تبين براءته من الدين ويبطل)[٣]، وإن سقط عنه الدين لمعنىٰ عارض، ولم تتبين براءته من الأصيل، لا تبطل الحوالة، وهو أن يهلك المبيع بعد الحوالة عند البائع قبل التسليم، سقط الثمن عنه، ولا تبطل الحوالة، ولكنه إذا أدىٰ المحتال عليه بعد سقوط الثمن، رجع بما أدَّىٰ على المحيل؛ لأنه قضىٰ دينه بأمره، فكذلك

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.
(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٢٢؛ الهداية ٣/ ١٠٦٣.
(٣) ما بين القوسين ساقطة من م.

لو قَيَّدَ الحوالة بألفٍ وديعةً عند رجل، فهلكت الألف عند المُوْدَعِ، بطلت الحوالة.

ولو كانت الألف على المحتال عليه مضمونة، فلا تبطل الحوالة بالهلاك؛ لأنه يجب عليه مثلها، وتبطل الحوالة بالاستحقاق، ولو كانت الحوالة مطلقة لا تنقطع مطالبة المحيل عن المحتال عليه أن يؤدي، فإذا أدىٰ سقط ما عليه قصاصاً.

ولو ثبت براءة المحتال عليه من دين المحيل، لا تبطل الحوالة، وكذلك لو استحق مال المحيل الذي له عند المحتال عليه، لا تبطل الحوالة، بخلاف المقيدة.

ولو مات المحيل قبل أن يؤدي المحتال عليه الدين إلى المحتال له، وعلى المحيل ديون سوىٰ دين المحتال له، وليس مال سوىٰ هذا الدين، والحوالة كانت مقيدة بالمحتال له؛ لا يكون أحق بذلك من سائر الغرماء عند علمائنا الثلاثة، وفي قول زفر: هو أحق به من سائر الغرماء كالرهن، فإن المرتهن أحق بالرهن من سائر الغرماء بالاتفاق.

وأصحابنا الثلاثة: فرقوا بين الرهن، والحوالة المقيدة، والفرق بينهما: أن المرتهن أحق بغرم الرهن من سائر الغرماء، ألا ترىٰ أنه لو هلك الرهن سقط الدين المرتهن خاصة، فلما كان أحق بغرمه كان أحق بغنمه، وأما في الحوالة المقيدة ليس المحتال له أحق بغرم ذلك المال، ألا ترىٰ أنه لو توىٰ لا يسقط دينه عن المحيل، والتواء على المحيل دونه، فلما لم يكن [هو أحق بغُرْمه، لم يكن] أحق بِغُنْمه من سائر الغرماء، بل بكون ذلك المال بين غرماء المحيل أسوة، فإذا أراد المحتال له أن يأخذ المتحال عليه بِبَقِيَّةِ دَيْنِهِ، فليس له ذلك؛ [ذلك] لأن المال الذي قيدت حوالته به، قد استحقت عن المحتال عليه، فبطلت الحوالة.

ولو كانت الحوالة مطلقة غير مقيدة، فمات المحيل ولم يترك مالاً سوىٰ ما على المحتال عليه (وعليه ديون، فإنه يؤخذ من المحتال عليه)[1] جميع الدين

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

الذي عليه، ويقسم بين غرماء المحيل، ولا يدخل المحتال له في ذلك، وإنما يؤخذ ذلك من المحتال عليه؛ لأن الحوالة لم تتعلق به، وذلك ملك المحيل، ولا يشاركهم المحتال له في ذلك؛ لأن حقه ثبت على المحتال عليه، فلا يعود إلى المحيل، ولكن القاضي يأخذ من غرماء المحيل كفيلاً؛ لأنه ثبت الرجوع عليهم لأحد الرجلين، إما المحتال له إذا توىٰ ما على الآخر، وأما المحتال عليه إذا أدىٰ الدين، والقاضي ناظر محتاط(١).

[إِبْرَاءُ المُحْتَالِ عَلَيْهِ مِنَ الدَّيْنِ]

ولو أن المحتال له أبرأ المحتال عليه من الدين، صَحَّ الإبراء قَبِلَ المحتال عليه ذلك منه أو لم يقبل، ولا يرجع المحتال عليه على المحيل، ولو ذهب يحتاج إلى القبول -فكذلك لو [تصدق](٢) عليه- فله أن يرجع على المحيل [كما إذا أدّىٰ، ولو مات المحتال له، فورثه المحتال عليه، كذلك له أن يرجع على المحيل].

ولو ذهب الدينَ للمحيل أو أبرأه منه لا في القدر، [فلا يصح؛ لأن ذمته بريئة، ولو رضي المحتال له من المحتال عليه بدون حقه] وأبرأه عن الباقي، نحو أن يصالح معه على بعض حقه، [وأبرأه عن الباقي]، فإنه يرجع على المحيل بذلك القدر، ولو صالحه على خلاف جنس حقه، كما إذا صالحه من الدراهم على الدنانير، أو على مال آخر، فإنه يرجع على المحيل بجميع الدين؛ لأن ما أَدَّىٰ يصلح أن/ يكون عوضـًا من جميع الدين، هذا كله إذا كانت الحوالة بأمر المحيل. [١٦٨-أ]

ولو كانت الحوالة بغير أمر المحيل، فلا يرجع عليه في الأحوال كلها.

قال: والمحتال له هل أن يصارف المحتال عليه بعين يأخذ مكان الدرهم

---

(١) انظر: فتاوى قاضيخان ٢/ ٥٥٥.

(٢) في أ (تضيق)، والمثبت من م.

دنانير ومكان الدنانير دراهم، ولكن القبض قبل الافتراق شرط[١]، ويراعي فيه شرائط الصرف، فإن تفرقا قبل القبض أو [أدخلا] فيه الأجل والخيار، بطل الصرف وعاد الدين على ما كان[٢].

[انتِقَالُ الكَفَالَةِ إِلَىٰ الحَوَالَةِ]

قال: (وإذا ضمن الرجل لرجل مالاً عن رجل بأمره)[٣]، هذا لا يخلو: إما إن كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل، أو بغير شرط براءة، (فإن كانت كفالة بشرط براءة الأصيل)[٤]، صارت حوالة، وأحكامها ما ذكرنا، وإن لم يكن بشرط براءة الأصيل فهي كفالة.

[صِيَغُ الكَفَالَةِ]

والكفالة ألفاظ: ضَمانٌ، وكَفالة، وحَمالة، وزَعامة، وغَرامة، وقبالة.

أو يقول: عَلَيَّ أو إلَيَّ، أو قال: أنا زعيم به، أو أنا حميل به، أو أنا غريم به، فهذه كلها ألفاظ الكفالة[٥]، ولا يوجب ذلك كله براءة الأصيل، والطالب بالخيار: إن شاء أخذ حقه من الأصيل، وإن شاء من الكفيل، فإن لازم الكفيل كان له أن يلازم

---

(١) وذلك كما قال النبي صلىٰ الله عليه وسلم لابن عمر حين سأله، فقال: (إني أبيع الإبل بالبقيع، فآخذ بالدراهم الدنانير، وبالدنانير الدراهم، فقال: لا بأس به، ما لم تفترقا وبينكما شيء)، البخاري (٢٠٨٨).

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٢٧؛ فتاوىٰ قاضيخان ٢/ ٥٥٦.

(٣) تكملة العبارة: (ولا شيء للمضمون عنه على الضامن، فقد وجب الضمان، وللمضمون له أن يطالب بالمال كل واحد من المطلوب والضمين ...)، مختصر الطحاوي ص١٠٣.

(٤) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٥) (الأصل في جواز الكفالة: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (الزعيم غارم) [رواه ابن ماجه (٢٤٠٥)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٦/ ٧٢؛ وأحمد في المسند ٥/ ٢٦٧]، والزعيم: الكفيل). شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٢٨.

المكفول عنه؛ [ليخلصه] عن ذلك، فإن حبسه كان له أن يحبسه، وإذا أَدَّىٰ، كان له أن يرجع على الأصيل إذا لم يكن على الكفيل دين مثله للمكفول عنه، وأما إذا كان عليه دين مثله [للمكفول] فليس للكفيل ملازمة الأصيل إذا لوزم، ولا له أن يحبسه إذا حبس، ولا له أن يرجع عليه إذا أدىٰ، ولكنه يسقط عنه دين المكفول عنه.

ولو كانت الكفالة مقيدة بما عليه من الدين، انقطعت عنه مطالبة الأصيل، وإن كانت الكفالة مُطْلَقَةً فلا تنقطع [عنه] مطالبة الأصيل إلى وقت القضاء، هذا كله إذا كانت الكفالة بأمر الذي عليه الدين.

وأما إذا كانت الكفالة بغير أمره، فليس للكفيل ملازمة الأصيل إذا لوزم، ولا له أن يحبسه إذا حبس، ولا له حق الرجوع إذا أدىٰ؛ لأنه متبرع في ذلك.

[قَبُوْلُ المُحْتَالِ لَهُ فِي الحَوَالة]

قال: (**ولا تجوز الحوالة ولا الكفالة**(١) **إلا بقبول المحتال له**(٢) **في قول أبي حنيفة ومحمد**)، وبيانه: أن الذي عليه الدين إذا قال لرجل: إن لفلان عَلَيَّ دين فاكفل له به عني، أو [احتل](٣) له عني، ففعل الآخر ثم بلغ الطالب [ذلك]، فأجازهما، فإنه لا يجوز في قول أبي حنيفة ومحمد(٤)، وفي قول أبي يوسف: يجوز.

---

(١) في المختصر: (ولا تجوز الكفالة ولا الضمان ولا الحمالة)، ص ١٠٤.

(٢) وعبارة المختصر: (... إلا بعد قبول المكفول له، والمضمون له، والمتحمل بها له)،، ص ١٠٤.

(٣) في أ (احمل)، والمثبت من م.

(٤) (فوجه قولهما: هو أن الضمان عقد يقتضي قبول المضمون له، كسائر العقود، وكل عقد اقتضىٰ قبولًا من غيره، فإنما يقف قبوله على حاضر في المجلس كالنكاح، والخلع، والبيع، ونحوهما من العقود، ولا تقف على غائب في المجلس). شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٣٤.

وكذلك لو أن فضولياً قال: اشهدوا أنّي ضمنت ما لفلان على فلان من الدين، وهما غائبان، فبلغهما فأجازا، (فهو على هذا الاختلاف.

وكذلك في النكاح إذا قال الفضولي: اشهدوا أني زَوَّجْتُ فلانة من فلان بمهر كذا، فبلغهما فأجازا)[1]، لم يجز عندهما، وعند أبي يوسف: يجوز[2].

وإن قبل عن الغائب أحد، فإنه يتوقف بالإجماع، فإن بلغ هذا العقد أولاً إلى المطلوب ورضي به، ثم بلغ إلى الطالب ورضي به، صار كأن الحوالة والكفالة حصلتا بأمر، فيرجع على المطلوب إذا أدىٰ، وإن بلغ هذا العقد أولاً إلى الطالب، فأجازه ورضي به، ثم بلغ [إلى] المطلوب ورضي به، فصار كأنه كفل واحتال بغير أمره؛ لأن الحوالة والكفالة قد تمت برضىٰ الطالب، ألا ترىٰ أنه لا يملك الرجوع بعد رضا الطالب، فلا فائدة لرضا المطلوب بعد رضا الطالب.

وليس كذلك إذا رضي المطلوب أولًا؛ لأن الحوالة والكفالة لم تتم برضا المطلوب، ألا ترىٰ أن له أن يرجع عن هذا الضمان بعد رضا المطلوب، إلا أن يرضىٰ الطالب.

وكذلك الاختلاف إذا كفل لصبي لا يعبر، فلا تتوقف الكفالة إلى قبول وليه في قولهما، وفي قول أبي يوسف: تتوقف كما لو كفل للغائب.

[ضَمَانُ مَا اعْتَرَفَ بِهِ المَرِيْضُ لآخَرَ]

ولو أن مريضـاً قال في مرض موته لورثته: إن لفلان بن فلان عليّ كذا كذا ديناً [فاضمنوه عني][3] فضمنوا، ثم إن الغائب حضر وأجاز الضمان، جاز في قول أبي

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) انظر: ص١٠٤.

(٣) في أ (أو ضمنوه عنه)، والمثبت من م. انظر: مختصر الطحاوي ص١٠٤.

حنيفة ومحمد استحساناً، [والقياس: أن لا يجوز، كما لو كان صحيحًا، وفي قول أبي يوسف: يجوز قياسًا واستحسانًا].

وجه الاستحسان على مذهبهما: أن المريض لمّا مرض الموت، صار كالأجنبي في الدَّيْن؛ لأن ذمته أشرفت على الهلاك، وصار كأن الدين انتقل / من ذمته إلى التركة، ألا ترىٰ أن حقوق الغرماء تتعلق بماله إذا مرض، فصار خطابه كخطاب الأجنبي، وقد ذكرنا أن المخاطب بالضمان إذا كان أجنبيًا فإنه يتوقف الضمان، كذلك هاهنا، والعِلّة الأخرىٰ: أن للورثة أن يطالبوا بدين مورثهم بلا ضمان، فالضمان ما زاد إلا تأكيداً. [١٦٨-ب]

ولو أن هذا المريض لم يأمر ورثته بالضمان، ولكنه أمر أجنبيًا فضمن الأجنبي، ثم حضر الطالب فأجاز، على قول أبي يوسف: لا يشكل أنه يجوز، وعلى قولهما: على العِلَّة الأولىٰ يجوز، وعلى العِلّة الثانية لا يجوز، وليس منهما نص رواية في هذه المسألة[١].

[إِبْرَاءُ الطَّالِبِ المَطْلُوْبَ عَن الدَّيْنِ]

قال: (**وإذا أبرأ المكفول له المطلوب عن الدين[٢]، وقَبِلَ ذلك، برئ الأصيل (والكفيل جميعًا)**[٣].

براءة الأصيل توجب براءة الكفيل، وبراءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل)[٤]، إلا أنه إذا أبرأ الأصيل يشترط في ذلك قبوله، أو بموت قَبْلَ القبول والرَّدِّ، فيقوم ذلك مقام القبول، ولو رَدَّه ارتَدَّ، ودين الطالب على حاله.

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٣٥.

(٢) في المختصر: (... المطلوب من المال الذي كفل له به ...) ص١٠٤.

(٣) مختصر الطحاوي ص١٠٤؛ شرح المختصر للجصاص ٣/ ٢٣٥.

(٤) ما بين القوسين ساقطة من م.

واختلف مشايخنا فيه: أن الدَّيْنَ هل يعود إلى الكفيل أم لا؟ قال بعضهم: يعود، وقال بعضهم: لا يعود.

ولو أبرأ الكفيل صَحَّ الإبراء قَبِل أو لم يَقْبَل، ولا يرجع على الأصيل، (ولو وَهَبَ الدَّيْنَ أو تَصَدَّقَ به عليه يحتاج إلى القبول، فإذا قَبِل، كان له أن يرجع على الأصيل)[1]، كما إذا أدَّىٰ، ففي الكفيل حكم إبرائه والهبة له، ويختلف في الإبراء لا يحتاج إلى القبول، (وفي الهبة والصدقة يحتاج إلى القبول، وفي الإبراء لا يرجع على الأصيل، وفي الهبة والصدقة يرجع عليه، وفي الأصل يتفق حكم الإبراء والهبة والصدقة جميعًا، فيحتاج إلى القبول)[2] في الكل.

ولو كان الإبراء والهبة بعد موته فَقَبِلَ الورثة صَحَّ، ولو رَدَّ ورثته ارتد وبطل الإبراء في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن إبراءه بعد الموت إبراء للورثة، وقال محمد: لا يرتد بردهم، كما لو أبرأه في حال حياته ثم مات[3].

[بَرَاءَةُ الكَفِيلْ]

ولو قال الطالب للكفيل: برئت إليَّ، صار كأنه أَقَرَّ باستيفاء الدين، ولو قال: أبرأتك، برئ الكفيل ولا يبرأ الأصيل، ولو قال: برئتُ، ولم يقل: إليَّ، اختلفوا في هذا الفصل: قال أبو يوسف: هذا كقوله: برئت إِلَيَّ، يبرأ الأصيل والكفيل جميعًا، ويرجع الكفيل على الأصيل، وقال محمد: هذا كقوله: أبرأتك، برئ الكفيل خاصة دون الأصيل.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٣٦.

[تَأْخِيرُ الطَّالِبِ الدَّيْنَ عَنِ الكَفِيْلِ لِمُدَّةٍ]

قال: (**وإذا أخَّر الطالب الدينَ عن الكفيل إلى مدة [معلومة]**[١])، فَقَبِلَ الكفيل هذا التأخير منه، صَحَّ التأجيل عن الكفيل، ولا يكون ذلك تأخيراً عن الأصيل، ولو رَدَّ الكفيل ارتد التأخير، بخلاف الإبراء للكفيل، أنه لا يرتد برده، ولو أَخَّرَ الدين عن الأصيل تأخر عنهما جمعياً؛ لأن ضمان الكفيل تبع لضمان الأصيل، وضمان الأصيل ليس بتبع لضمان الكفيل.

ولو كان له على رجل دين مؤجل، فأخذ منه كفيلاً ثبت على الكفيل مؤجلاً، كما كان على الأصيل؛ لأنه تحمَّل ديناً مؤجلاً، ولو كان الدين على الأصيل حالاً، فكفل عنه رجل للطالب مؤجلًا، صَحَّت الكفالة وتأَخَّرَ الدين عنهما؛ لأن الأجل ألحق بالدين، والدين على الأصيل، إلا أن يشترط الطالب وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة، فلا يتأخر حينئذٍ الدين عن الأصيل.

ولو أن الكفيل أحال المكفول له على رجل، فقَبِل المكفول له، فالمحتال عليه الحوالة فقد برئ المكفول عنه (والكفيل؛ لأن الكفالة حصلت بأجل الدين، والدَّيْن كان أصله على المكفول عنه)[٢]، فكذلك تضمنت هذه الحوالة تبرأتهما جميعـًا.

ولو اشترط الطالب وقت الحوالة ببراءة الكفيل خاصة، برئ الكفيل ولا يبرأ المكفول عنه، وللطاب أن يأخذ دينه: إن شاء من الأصيل، وإن شاء من المحتال عليه، ولا سبيل له على الكفيل حتىٰ يتوي المال على المحتال عليه[٣].

قال: (**وإذا كفل الرجل لرجل بمال له عليه، ثم أن الكفيل صالح الطالب [بما كفل له به] على بعضه**)[٤]، كما إذا كان له عليه ألف درهم، فصالحه على

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٠٥.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٣٨.

(٤) تكملتها: (... فالصلح جائز)، مختصر الطحاوي ص١٠٥.

خمسمائة، فهذا على ثلاثة أوجه: وجهين يبرأ الكفيل والمكفول عنه جميعاً عن الخمسمائة الباقية، وفي وجه: / يبرأ الكفيل خاصة عن الخمسمائة الباقية، ولا يبرأ الأصيل. [١٦٩-أ]

أما الوجهان: فهو أن يقول الكفيل للطالب: صالحتك من الألف التي لك عَلَيَّ خمسمائة، على أني ضامن، والمكفول عنه بريء من الخمسمائة الباقية، برئا جميعـاً، والطالب في الخمسمائة التي وقع عليها الصلح بالخيار: إن شاء أخذها من الكفيل، والكفيل يرجع على الأصيل إن كان بأمره، وإن شاء أخذها من الأصيل.

والوجه الثاني: أن يصالح على الخمسمائة منها، برئا جميعاً؛ لأن الصلح وقع عن أصل الدَّيْنِ، والدَّيْن كان أصله على المكفول عنه، فتضمن هذا الصلح براءتهما جميعـاً.

وأما الوجه الذي يبرأ الكفيل دون الأصيل: فهو أن يشترط الطالب في الصلح براءة الكفيل خاصة، فالطالب بالخيار: إن شاء أخذ جميع دينه من الأصيل، وإن شاء أخذ من الكفيل خمسمائة ومن الأصيل خمسمائة، ويرجع الكفيل على الأصيل بما أَدَّىٰ إن كان الصلح بأمره[١].

ولو صالح الكفيل مع الطالب على ألف درهم نبهرجة أو زيوف، رجع الكفيل على الطالب بما كفل، وهو الألف الجيّدة، ولو صالح على ألف أجود من الدَّين، رجع أيضـاً بما كفل على المكفول عنه، ففي الحالين يرجع بما كفل لا بما أدىٰ[٢].

[القَضَاءُ بِأَجْوَدَ أَوْ بِأَرْدَأَ مِمَّا أَمَرَ]

(ولو لم يكن كفيلاً بالمال، ولكنه كان مأموراً بقضاء الدين، فقضىٰ بأجود مما

---

(١) انظر: المصدر السابق نفسه.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٣٩.

أمره، وبأردأ مما أمره، فإنه يرجع على الآمر بأقلهما، فإن كان ما أدىٰ أقل مما أمر، رجع بما أدَّىٰ)[(١)]، وإن كان ما أدىٰ أجود مما أمر، رجع بما أمر لا بما أدَّىٰ؛ لأنه متبرع في قضاء الأجود، فلا يرجع.

ولو أدَّىٰ الكفيل أو المأمور بقضاء الدين الذي هو من خلاف جنس الدين، ورضي الطالب بذلك، رجع الكفيل بما كفل والمأمور بما أمر؛ لأن ما بذل من المال، يصلح أن يكون بذلاً عن جميع الدين، فصار كأنهما قضيا، سواء دفعا ذلك صلحاً أو بيعاً.

[ضَمان العُهْدة]

قال: (**ومن ضمن عُهْدَةً**[(٢)] **لرجل في دار ابتاعها؛ قال أبو حنيفة: ضمانه باطل**)[(٣)]؛ لأن العهدة مجهولة المعنىٰ، لأنه يعَبَّر بها عن أشياء، والأصل عنده: أن الضمان لا يثبت بالشَّكِّ[(٤)].

وذكر الطحاوي عن أبي حنيفة رضي الله تعالىٰ عنه: (أن ضمان العهدة ضمان

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) العُهْدَة لغةً: من العَهْد، الذي يرد بمعنىٰ الإلزام والالتزام.

(والعُهْدة: كتاب الشراء، وهي أيضاً: الدَّرَك)، كما قال الرازي؛ (وضمان الدَّرَك الذي: هو ضمان الثمن للمشتري إن استُحِقَّ المبيع، أو وُجِدَ به عيب)، معجم لغة الفقهاء (العهدة).

(٣) مختصر الطحاوي ص١٠٥، ١٠٦.

(٤) وقال الجصاص: (لأن صحة الضمان إنما تتعلق بما كان مضموناً على إنسان، فيضمنه الكفيل عنه، وكتاب الشراء ليس بمضمون على أحد، فيضمنه الكفيل.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن حملنا الضمان على هذا المعنىٰ بطل، وصار لغواً، فحملاه على ضمان الدرك فيما عقد عليه الشراء؛ ليصبح معنىٰ الضمان، ولا يصير لغواً)، شرح المختصر ٣/ ٢٤٠.

الصحيفة)[١]، يعني: الصَّكّ[٢]، وهو غير مضمون على البائع حتى يَصِحَّ الضمان به، وقالا: ضمان العهدة عن البائع للمشتري جائز، وهو بمنزلة ضمان الدَّرَك؛ لأنّ الناس يقيمون العهدة دركًا، وضمان الدرك: هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع[٣].

ولو استحق المبيع كان للمشتري أن يخاصم أولاً البائع، فإذا ثبت عليه استحقاق المبيع الذي باعه، قضىٰ بالثمن على البائع، (ويكون القضاء باليمين على البائع)؛ قضاءً على الكفيل بالدَّرَكِ، وللمشتري أن يأخذ الثمن من أيهما شاء، وليس له أن يخاصم الكفيل أولاً في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف أنه قال: الكفيل يكون خصماً.

ولو كان المبيع عبداً فظهر بينة قامت: أنه حُرٌّ، فللمشتري أن يخاصم أيهما بالإجماع.

ولو انفسخ البيع بينهما بما سوىٰ الاستحقاق، وصار الشيء مضموناً على البائع، لا يؤاخذ الكفيل، نحو: أن ينفسخ البيع بينهما بخيار الرؤية أو بخيار الشرط، أو بالرَّدِّ بالعيب، ولو أن المشتري أخذ رهناً بالدرك لا يَصِحُّ الرهن؛ لأن أخذ الرهن بالدين الذي يثبت في ثاني الحال غير جائز.

ولو أن المشتري بنىٰ في الدار بناءً ثم استحقها رجل بالبينة، ونقض البناء عليه، فللمشتري أن يرجع عليه بالثمن ويضمنه قيمة بنائه مبنياً إذا سَلَّمَ النقص إلى البائع، وإن حَبَس النقص ولم يُسَلِّمْه إلى البائع، لا يرجع عليه إلا بالثمن خاصة.

---

(١) مختصر الطحاوي ص ١٠٦.

(٢) (الصَّكُّ في اللغة: الكتاب.

وفي الاصطلاح: هو الكتاب الذي تُكتَبُ فيه المعاملات والأقارير بالمال وغيره). معجم المصطلحات المالية (صَكّ).

(٣) أي: ما يأخذه المشتري من البائع رهناً بالثمن؛ خوفاً من استحقاق المبيع.

وروي عن أبي يوسف: أنه يرجع عليه بالثمن وبقيمة البناء [والتأليف][(١)].

ولو سلم النقص [إلى البائع]، وقضي على البائع بالثمن وبقيمة البناء مبيناً، قال الطحاوي: له أن يأخذ بهما جميعاً أيهما شاء: إن شاء أخذهما من البائع، وإن شاء أخذهما من الكفيل بالدرك، ويرجع الكفيل / على البائع إن كانت كفالته [١٦٩-ب]
بأمره، وجعل الطحاوي قيمة البناء كالثمن[(٢)].

وهذا غير سديد. وذكر محمد في ظاهر الرواية: أن قيمة البناء على البائع خاصة، ولا يؤاخذ بها الكفيل.

وكذلك لو كان المبيع جارية، فاستولدها المشتري، واستحقها رجل وأخذ منه قيمة الجارية وقيمة الولد والعقر، فإن المشتري يأخذ الثمن من أيهما شاء: ولا يؤاخذ الكفيل بقيمة الولد، وللمشتري أن يأخذ قيمة الولد من البائع خاصة.

ولو كان البائع اشترى [الدار] أو الجارية من رجل، فإنه يرجع على بائعه بالثمن، ولا يرجع عليه بما أخذ منه من قيمة البناء وقيمة الولد في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: يرجع عليه بذلك.

وكذلك الاختلاف في المشتري إذا وجد بالمبيع عيباً، فلم يقدر على رَدّه لحدوث زيادة أو نقصان عنده في المبيع، يرجع على البائع بحصة العيب، فإن البائع لا يرجع على بائعه بحصة العيب، وإن كان البيع قديماً في قول أبي حنيفة، وعندهما: يرجع عليه.

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٠٦.

(٢) انظر: المصدر السابق نفسه.

[الكَفَالَةُ بِالمَجْهُولِ]

قال: **(وإذا ضمن رجل لرجل ما دَايَنَ فلانـاً، أو ما قضي له عليه، أو ما ذاب له عليه، كان جائزاً)**(١).

الأصل في باب الكفالة: أن الكفالة بالمضمون في الحال، أو المضاف إلى سبب مضمون يثبت في ثاني الحال، مقدور على الإيفاء، والمضمون له، وعنه، معلوم جائزة.

وبيان ذلك: وهو أن من ضمن لرجل عن رجل ما ذاب له عليه، أو ما قضي عليه، أو ضمن له ثمن ما بايعه أو أقرضه، أو ضمن له ما استهلك من ماله، فإن هذه الكفالة صحيحة، وإن لم يكن الضمان ثابتاً في الحال؛ لأنه أضيف إلى سبب مضمون، والمضمون له وعنه معلوم مقدور على الإيفاء.

فإن قال الكفيل: ما بايعت فلانـاً [فثمنه عَلَيَّ، أو قال: كلما بايعتَ فلانًا]، أو قال: الذي بايعت فلانـاً، فإن ذلك يقع على جميع ما بايعه.

ولو لم تكن كفالته بهذه الألفاظ الثلاثة ولكنه قال: إن بايعته فثمنه عَلَيَّ، أو قال: إذا بايعته، أو قال: متىٰ بايعته، فإنما يؤخذ الكفيل بثمن أول المبايعة، ولا يؤخذ بثمن ما بعدها.

ولو قال لرجل: ما ذاب لك عَلىٰ أحد من الناس فهو عَلَيَّ، فإنه لا يصح لجهالة المضمون عنه، وكذلك لو قال: ما ذاب عليك لأحد من الناس فهو عَلَيَّ، فإنه لا يصح لجهالة المضمون عنه، وأما الكفالة بالمضمون في الحال كالدُّيُوْنِ، والأَعْيَان

---

(١) مختصر الطحاوي (ذكر المحقق هذا النصّ بهامش الكتاب وقال: (إنها سقطت من الأصل)) ص١٠٦. ووضح الجصاص ذلك بقوله: (والكفالة تتعلق على الأخطار، وتصح في المجهول، وإلى الآجال المجهولة، التي لها سبب في المال، أو جرَت العادة من الناس)، ٣/ ٢٤٠.

المَضْمُوْنَةِ عند رجل لرجل، ضمن لصاحبه، فإن الضمان صحيح في الدين، يأخذ أيهما شاء، وفي العين يطالب أيهما شاء.

ولو هلكت العين قبل الأخذ فضمانها تجب عليه، ويأخذ بذلك أيهما شاء، ولو كانت العين أمانة، أو مضمونة بغيرها، كالمبيع في يد البائع، فإن الضمان بتسليم العين إليه صحيح، فإذا هلكت العين، بطلت الكفالة؛ لأنها غير مضمونة على المكفول عنه(١).

[والله سبحانه وتعالىٰ أعلم بالصواب].

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٠٦؛ شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٣/ ٢٤٠.

كِتَابُ الشَّرِكَةِ[1]

[أَوْجُهُ الشَّرِكَةِ]

قال رضي الله تعالىٰ عنه: الشركة على ثلاثة أوجه: شركة بالأموال[2]، وشركة بالأعمال[3]، وشركة بالوجوه[4].

---

(١) (الشركة في اللغة: هو الخلطة.

وفي الشرع: عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل والربح). الجوهرة ص٣٦٧.

وقيل: هي اجتماع شخصين فأكثر من استحقاق وتصرف). معجم المصطلحات الاقتصادية ص٢٠١.

(٢) وتنقسم شركة الأموال: إلى شركة المفاوضة، وشركة العنان:

والمفاوضة لغة: المساواة والانتشار.

وشرعـاً: (هي ما تضمنت وكالة وكفالة، وتَسَاوَيَا: مَالًا وتَصَرُّفًا ودَيْنًا). انظر: المصباح: التعريفات، (شرك)؛ المبسوط ١١/ ١٥٢.

وشركة العنان: أن يشترك اثنان في شيء خاص معلوم (دون سائر أموالهما، كأنه عَنَّ لهما شيء فاشترياه مشتركين فيه). المغرب؛ الصحاح (عنن).

(٣) شركة الصنائع، وتسمىٰ: شركة الأعمال أيضـاً: وهي أن يتعاقد اثنان فأكثر على أن يتقبلوا نوعـاً معيَّنـاً من العمل أو أكثر، أو غير معين لكنه عام، وأن تكون الأجرة بينهم بنسبة معلومة، وذلك كالخياطة والصباغة والبناء، وغير ذلك). معجم المصطلحات الاقتصادية، ص٢٠٣.

(٤) شركة الوجوه: (وتسمىٰ شركة المفاليس: وهو أن يشترك الرجلان بغير رأس مال، على أن يشتريا بالنسيئة ويبيعا، وسميت بهذا الاسم على معنىٰ أن رأس مالهما وجههما ...). المبسوط ١١/ ١٥٢.

وجعل الجصاص القسمة ثنائية: شركة العقود، وشركة الأملاك، وجعل تحت =

وكل واحد منهما على وجهين: مفاوضة وعنان.

أما الشركة بالأموال لا تجوز [الشركة بها، لا] عنانـاً أو مفاوضةً، إلا أن يكون رأس مالهما دراهم أو دنانير، أو رأس مال الآخر دنانير، ولو كان رأس مالهما فلوساً لا تجوز الشركة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن الفلوس إنما صارت ثمناً باصطلاح الناس، وليست بثمن في الأصل، وهم لم يتعاملوا أن يجعلوها رأس مال الشركة، [وفي قول محمد: يجوز، وهو قول أبي يوسف الأول؛ لأن الفلوس عنده ثمن على كل حال، ولا تجوز الشركة] بالأموال التي تتعين للعقد كنقرة الذهب والفضة، وتبرهما ومصوغهما، وما سوىٰ ذلك من العروض والحيوان الذي يتعين لعقود المبادلات.

وكذلك لو كان رأس مال أحدهما ثمناً لا يتعين للعقد، ورأس مال الآخر عروضًا يتعين للعقد.

وعند ابن أبي ليلىٰ: تجوز الشركة بالعروض، والحيلة في تجويزها [عندها]: أن يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال صاحبه، فصار مال كل واحد منهما بينهما نصفين، وحصلت الشركة مِلك[1] بينهما، ثم إذا عقدا بعد ذلك عقد الشركة، جاز.

وكذلك لو باع صاحب العروض نصف عروضه بنصف دراهم صاحبه، وتقابضا وخلطا جميعاً، فصارت الدراهم بينهما والعروض بينهما، ثم يعقدان

= شركة العقود: شركة الأموال، وشركة الأبدان -(وشركة الأبدان: ما عرف بشركة الأعمال هنا، أو شركة في العمل)-، والمقصود بشركة الأملاك: أن يصير مال كل واحد منهما مشتركاً بينهما بغير اختيارهما، والثاني: أن يصير المالان مشتركاً بينهما باختيارهما. انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٤٣؛ فتاوىٰ قاضيخان ٣/ ٥٦١، ٥٦٢.

(١) في م (بذلك).

عليهما عقد الشركة، فإنه يجوز.

وكذلك لو كان مالهما مما يختلط بالخلط، والكيلي والوزني كلاهما من جنس واحد، فخلطا جميعـاً، وقعت بينهما شركة بالأموال، ثم يعقدان بينهما عقد الشركة، فتجوز[1].

[الشَّرِكَةُ بالدَّرَاهِمِ والدَّنَانِيْرِ]

والشركة بالأموال على الدراهم والدنانير جائزة عند علمائنا الثلاثة، سواء كان رأس مالهما يختلط بالخلط أو لا يختلط، نحو: أن يكون رأس مال أحدهما من الدراهم، ورأس مال الآخر من الدنانير، أو رأس مال أحدهما من الدراهم المكسرة، ورأس مال الآخر من الدراهم الصحاح، وعند زفر: لا تجوز.

ولو كان رأس مالهما مما يختلط بالخلط، فلم يخلطا حتى عقدا عقد الشركة، جائز عندنا، وعند زفر: لا يجوز، إلاّ إذا خلطا، وقعت بينهما شركة ملك، ثم عقدا عقد الشركة فيجوز، ورأس مال كل واحد منهما باق على ملك صاحبه، بدليل أنه لو هلك رأس مال أحدهما بعد عقد الشركة هلك على ملك صاحبه، وبطلت الشركة بينهما، ورأس مال الآخر لصاحبه، فإن اشترىٰ به صاحبه شيئاً يكون له خاصة؛ لأن الشركة قد بطلت حيث هلك رأس مال أحدهما على ملك صاحبه.

ولو اشترىٰ الشريك الذي هلك رأس ماله بالباقي شيئاً، يكون مشترياً لنفسه، ويضمن لصاحبه ثمن رأس ماله.

وقد ذكرنا أن الشركة بالأموال قد تكون مُفَاوضة وقد تكون عِناناً[2].

(١) انظر: شرح المختصر ٣/ ٢٥٩.

(٢) انظر: خزانة الفقه ص٢٣٣.

[شَرِكَةُ المُفَاوَضَةِ]

أما المفاوضة منهما: فلا تجوز حتى يكون كل واحد من الشريكين من أهل الكفالة، نحو: أن يكونا بالغين، عاقلين، حُرَّيْن، متفقين في الدين، وأن يكون رأس مالهما على السواء، وقد يكون رأس مالهما من جنس واحد بصفتين مختلفين كالصحاح مع المكسرة، فإنه يحتاج إلى التسوية في القيمة، وأن يشترطا الربح نصفين، وأن لا يكون لكل واحد منهما من المال الذي يجوز عليه عقد الشركة، سوىٰ رأس المال الذي شارك به صاحبه، وأن يتلفظا بلفظ المفاوضة، فإذا اجتمعت هذه الشرائط انعقدت بينهما شركة المفاوضة، وإذا فات واحد من هذه الشرائط لا تكون مفاوضة، وتكون عِنَاناً عاماً، كما إذا كان أحدهما صبياً أو كلاهما صبيين، أو أحدهما معتوهاً، أو كلاهما كذلك، أو كان أحدهما عبداً، أو كلاهما، أو أحدهما مكاتباً، أو كلاهما؛ لأن هؤلاء ليسوا من أهل الكفالة، وعهدة[١] المفاوضة: الكفالة.

وقال الشافعي: لا أدري ما المفاوضة[٢].

ولو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً، لا تجوز شركتهما مفاوضة عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنهما غير مستويين في التجارة، ألا ترىٰ أن الذِّمِّيَّ يجوز تجارته في الخمر والخنزير، ولا يجوز للمسلم ذلك، وعقد المفاوضة يقتضي المساواة.

وقال أبو يوسف: تجوز شركتهما مفاوضة، ولكنه يكره للمسلم أن يشارك مع الذمي، وتجوز شركتهما عِناناً بالإجماع، إلا أنه يكره؛ لأنه يخاف أن يطعمه الربا.

---

(١) في م (وعمدة). انظر: مختصر الطحاوي ص ١٠٦، ١٠٧.

(٢) قال الشيرازي: وأما شركة المفاوضة ... فيه شركة باطلة). المهذب ٣/ ٣٣٦. انظر: المنهاج (مع مغني المحتاج) ٢/ ٢١٢.

[شَرِكَةُ المُرْتَدِّ]

وشركة المرتد موقوفة عند أبي حنيفة عناناً كانت أو مفاوضة، حتى أنه لو أسلم جازت، فإن قُتِل أو مات على رِدَّتِه، أو لَحِقَ بدار الحرب بطلت، وعندهما: شركة المرتد تجوز إذا كانت عناناً ومفاوضة موقوفة: إن أسلم جازت، وإن قتل أو مات على ردته، أو لَحِقَ بدار الحرب [وقضىٰ القاضي بلحاقه]، تنفذ عناناً [لا مفاوضة]، وفي المرتدة إجماعاً على ما قال أبو يوسف ومحمد.

[مَا تَقْتَضِي المُفَاوَضَةُ]

ثم المفاوضة إذا صَحَّتْ تقتضي التوكيل والتكفيل، يعني أن كل واحد منهما يكون كفيلًا عن صاحبه فيما هو من ضمان التجارة، أو من ضمان يشبه / [١٧٠-ب] ضمان التجارة، وصاحب الدين بالخيار: إن شاء أخذ بدينه الذي لزمه، وإن شاء [أتبع][1] شريكه بحق الكفالة.

أما ضمان التجارة: فهو ثمن المشتري في البيع الجائز، أو قيمة ذلك في البيع الفاسد، أو أجرة مستأجر، وأما الضمان الذي يشبه ضمان التجارة: فهو ضمان غصب أو وديعة جحدها، أو استهلكها؛ لأن تقرر[2] الضمان في هذه المواضع يفيد له ملك الأصل، فيصير في معنىٰ التجارة.

ولو لحق أحدهما ضمان ليس هو من ضمان التجارة، ولا يشبه ضمان التجارة، فلا يؤاخذ به صاحبه: كأروش الجنايات، والمهر، والنفقات وبدل الخلع، والصلح عن القصاص.

ولو كفل أحدهما بكفالة فإنه ينظر: إن كانت الكفالة بالنفس، فلا يؤاخذ به

(١) في أ (أخذ)، والمثبت من م.

(٢) في م (لأن هذا الضمان).

صاحبه بالإجماع، ولو كانت [الكفالة] بالمال، فإنه [يؤاخذ] شريكه في قول أبي حنيفة؛ لأن فيه معنىٰ المبادلة في الانتهاء، ألا ترىٰ أنه إذا أدَّىٰ يرجع بمثله على المكفول عنه، وعندهما لا يؤاخذ به شريكه؛ لأن الكفالة تبرع، ألا ترىٰ أنه لو أعتق أحدهما عبدًا من شركتهما، أو وَهَب أو تَصَدَّقَ، إنما يجوز ذلك في حصته لا في حصة شريكه، وحقوق عقد [تولاه][1] أحدهما تنصرف إليهما جميعـًا، حتى أن أحدهما لو باع يطالب غير البائع فيهما بتسليم المبيع، كما يطالب البائع.

ولو طالب غير البائع منهما المشتري بالثمن، يجبر المشتري على تسليم الثمن إليه، كما يجبر على تسليمه إلى البائع، ولو اشترىٰ أحدهما شيئـًا يؤاخذ به صاحبه، كما يؤاخذ المشتري به، وللشريك قبض المبيع كما للمشتري، لو وجد المشتري بالمبيع عيبـًا، كان لصاحبه أن يرده على البائع كما للمشتري، ولو استحق المبيع كان لكل واحد منهما الرجوع بالثمن على البائع، ولو باع احدهما سلعة من شركتهما، فوجد المشتري بها عيبـًا، كان له أن يردها على أيهما شاء[2].

ولو أنكر البيع، كان له أن يحلف البائع على البتات، وله أن يحلف الآخر على العلم، وأيهما أَقَرَّ بالعيب صَحَّ إقراره على نفسه وعلى شريكه، ولو باعا سلعة من شركتهما ثم وجد المشتري بها عيبـًا، كان له أن يحلف كل واحد منهما على النصف الذي باعه على البتات، وعلى النصف الذي باعه شريكه على العلم بيمين واحدة في قول محمد، وقال أبو يوسف: يحلف كل واحد منهما على البتات فيما باع، وتسقط عن كل واحد منهما اليمين على العلم، وهما جميعـًا في خراج التجارة وضمانها سواء، ففعل أحدهما كفعلهما، وقول أحدهما كقولهما، وهما في الحقيقة شخصان، وفي أحكام التجارة حكمهما كحكم شخص واحد.

---

(١) في أ (مولاه)، والمثبت من م.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٤٥.

وإذا استفاد أحدهما مالًا بالميراث، أو بالوصية، أو الهبة، أو بالصدقة، فإنه ينظر: إن كان ذلك مما لا يجوز عليه عقد الشركة لا تبطل المفاوضة، وإن كان ذلك المال مما يجوز عليه عقد الشركة، لا تبطل أيضـًا حتى يصل إلى يده، فإذا وصل إلى يده بطلت المفاوضة، فصارت شركتهما عنانـًا في جميع التجارات؛ لأن الأصل أن المفاوضة إذا فسدت صارت عنانـًا(١).

ولو كان رأس مال أحدهما دنانير ورأس مال الآخر دراهم، وقيمتهما سواء، ثم زادت قيمة الدنانير أو انتقصت قبل الشراء بالدنانير، فسدت المفاوضة؛ لأن الدنانير باقية على ملك(٢) صاحبها، فلما ازدادت أو انتقصت، فقد ازداد مال أحدهما، ولو ازدادت أو انتقصت بعد الشراء، فإنه لا يوجب فساد المفاوضة؛ لأن المشتري بالدنانير صار بينهما نصفين، فلا تعتبر قيمة الدنانير بعد ذلك، ولا يملك أحد المتفاوضين شراء شيء لنفسه خاصة، ويكون ما اشترىٰ بينهما نصفين إلا أن يكون شيئـًا لا بُدَّ له منه، نحو: رزق العيال وكسوتهم، فيكون له خاصة، وإن نقد من مال الشركة ضمن لشريكه حصته، وإذا وصل ذلك إلى الشريك فسدت المفاوضة(٣).

[شَرِكَةُ العِنَانِ]

وأما شركة العِنان: فإنها تقتضي التوكيل ولا تقتضي التكفيل، يعني: أن كل واحد منهما يكون وكيلًا / عن صاحبه فيما لزمه من الضمان بسبب شركتهما(٤)؛ [١٧١-أ]

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٤٦.

(٢) في م (قيمة).

(٣) انظر: خزانة الفقه ص٢٣٣.

(٤) وقد وضّح ذلك الجصاص بقوله: (وأما شركة العِنَان: فهي أن تُعقد شركة على مال يُخرجه كل واحد منهما، على أن يشتريا ويبيعا في التجارات كلها، أو في نوع خاص، فهذا جائز، وهما شريكا عِنَان، وكل واحد منهما يجوز تصرفه على صاحبه، كما يجوز تصرف المضارب)، ٣/ ٢٤٦.

فلذلك جازت شركة العنان ممن هو من أهل الكفالة، وممن هو ليس من أهلها حتى أن أحدهما لو كان صبياً غير بالغ مأذوناً له في التجارة، أو كلاهما كذلك، فإنه تجوز شركة العنان بينهما، وتجوز هذه الشركة مع تفاضل الشريكين في رأس المال، وأن يكون لأحدهما ما يجوز عليه عقد الشركة سوىٰ رأس ماله الذي شارك مع صاحبه، وإن شرطا الربح بينهما على خلاف قدر رأس مالهما، والوضيعة أبداً تكون على قدر رأس مالهما، والشركة جائزة(١).

وإذا باع أحدهما مال الشركة بما عزوه أن يجوز في قول أبي حنيفة كما ذكرنا في الاختلاف في الوكيل بالبيع، وحقوق العقد راجعة إلى العاقد خاصة دون الشريك، فيكون الشريك في حقوق العقد كالأجنبي، وكالوكيل مع [الموكل](٢).

[نَوْعَا شَرِكَةِ العِنَانِ]

وشركة العنان قد تكون عامة، وقد تكون خاصة:

أما العامة: فهو أن [يشتركا](٣) في جميع أنواع التجارات.

---

(١) قال الجصاص في شرحه: (ولا خلاف بين الفقهاء في جواز شركة العِنَان، وهو مما أَقَرَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم الأمَّة عليه؛ لأن أهل كل عصر لم يخلو من ذلك، كالمضاربة، فصار أصلاً بإقرار النبي صلىٰ الله عليه وسلم الأمة عليه من غير نكير على فاعله.

كما روي عن السائب أنه كان يشارك النبي صلىٰ الله عليه وسلم في أول الإسلام في التجارة، فلما كان يوم الفتح قال: (مرحبًا بأخي وشريكي، لا يداري، ولا يُماري، يا سائب، قد كنت تعمل أعمالاً في الجاهلية لا تُقبل منك، وكان ذا سلف وصلة، وهي اليوم تقبل منك) [أبو داود (٤٨٣٦)؛ ابن ماجه (٢٢٨٧)؛ والنسائي في الكبرىٰ (١٠١٤٤)؛ والحاكم في المستدرك، وصححه، ووافقه الذهبي على تصحيحه، ٢/ ٦١؛ والإمام أحمد في المسند ٣/ ٤٤٥]). شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٤٧.

(٢) في أ (كالوكيل)، والمثبت من م.

(٣) في أ (يشترط)، والمثبت من م.

وأما الخاصة: فهو أن يشتركا في شيء خاص: كالرقيق، والثياب، والحنطة وغيرها.

ولو كان المال منهما جميعاً والعمل على أحدهما، فإنه ينظر: إن شرطا الربح بينهما على قدر رؤوس أموالهما، فإنه يجوز، ويكون [مال] الذي [لا عمل له][1] بضاعة عند العامل، فيكون ربحه لصاحبه ووضيعته عليه، وإن شرطا الربح للعامل أكثر من نصيب رأس ماله، فإنه يجوز أيضاً على الشرط، ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة، فيكون الربح بينهما على الشرط، ووضيعته عليه خاصة.

ولو شرط الربح للدافع أكثر من رأس ماله، لا تصحّ الشركة، ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة، ويكون لكل واحد منهما ربح ماله، والوضيعة أبداً على قدر رأس مالهما.

ولو شرطا العمل عليهما جميعاً، صحَّت الشركة وإن قَلَّ رأس مال أحدهما وكثر رأس مال الآخر، واشترطا الربح بينهما على السَّوِيَّة أو على التفاضل، فإن الربح يكون بينهما على الشرط، والوضيعة بينهما على قدر رأس مالهما، فإن عمل أحدهما في المالين، ولم يعمل الآخر بعذر أو بغير عذر، صار كأنهما عملا جميعاً، والربح بينهما على الشرط.

بخلاف ما إذا اشترطا العمل في الابتداء عند العقد على أحدهما خاصة، فإنه لا يستحق من رأس مال العالم شيئاً.

والأصل: أن الربح إنما يستحق بأحد معانٍ ثلاثة:

إما بالمال، فهذا لا يُشْكِل؛ لأنه بما ملكه هو لمالكه.

---

(١) في أ (العمل عليه)، والمثبت من م.

وإما بالضمان: وهو أن المال إذا صار مضمونـًا على المضارب أو على شريكه، فإنه يستحق جميع الربح خراجـًا لضمانه.

وإما بالعمل: وهو أن المضارب إنما يستحق من الربح إذا شرط له [جزءًا معلومًا بعمله]، وكذلك إذا شرط العمل على أحدهما، أو شرطا فضل الربح للعامل، صَحّ الشرط، ويستحقه بعمله، ولو شرط فضل الربح للآخر، لا يستحقه إلا بقدر ماله خاصة؛ لأنه ليس في الفضل له [سبب يقع به الاستحقاق، لا] عمل ولا ضمان ولا مال، وقد يقع بين اثنين شركة في الملك [بغير] عقد الشركة [بينهما: إما] بميراث، أو هبة، أو شراء، أو ما أشبه ذلك من أسباب الملك، أو وقعت الشركة بينهما بالاختلاط، ولكل واحد منهما أن يتصرف في مِلْكِه خاصة، ولا يجوز تصرفه في حصة صاحبه إلا بأمره، وهذا كله في شركة الأموال(١).

[الشَّرِكَةُ بالأَعْمَالِ]

وأما الشركة بالأعمال: وهو أن لا يكون لهما من المال شيء، واشتركا على أن يعملا جميعـًا، على أن ما رزقهما الله تعالىٰ جميعـًا من شيء فهو بينهما نصفين، سواء اختلفت صناعتهما أو لم تختلف: كالخياطين أو الاسكافيين، وأحدهما خياط والآخر إسكاف، فهذا عندنا(٢).

وقال زفر: إذا اتفقت صناعتهما جاز، وإذا اختلفت صناعتهما لم يجز.

وقال بعض الناس: الشركة بالأعمال باطلة، وتسمىٰ هذه الشركة شركة

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٥٢؛ خزانة الفقه ص٢٣٣، ٢٣٤.

(٢) وهذه الشركة عرّفها الجصاص: بشركة الأبدان -وتعرف بشركة الصَنَائع أيضـًا-، فقال: (وأما شركة الأبدان: فهي أن يشتركا على أن يتقَبَّلا الأعمالِ، أو نوعـًا منها، على أن ما رَبِحا، كان بينهما نصفين، فهو جائز)، ٣/ ٢٥٠.

التقبل(١)، وقد تكون هذه الشركة شركة التقبل، وقد تكون هذه الشركة مفاوضة، وقد تكون عِنانـًا:

أما المفاوضة منها: فينبغي أن يكونا من أهل الكفالة، وأن يشترطا ما رزقهما الله تعالىٰ بينهما نصفين، وأن يتلفظا بلفظ المفاوضة / على ما ذكرنا في الشركة [١٧١-ب] بالأموال.

وأما العنان منهما: تجوز سواء كانا من أهل الكفالة أو لم يكونا، بعد أن كانا من أهل التوكيل والعمل، وإذا تَقَبَّل أحدهما العمل فلا يؤاخذ به شريكه، ويجوز اشتراط الربح بينهما على السواء، وعلى التفاضل، نحو: أن يكون أحدهما أحذق في العمل من الآخر، وعند زفر: لا يجوز [اشتراط] الربح متفاضلاً، ويكون بينهما على السواء.

والأصل فيه: أن الشركة بالأعمال إنما تجوز فيما يجوز فيه التوكيل ولا تجوز فيما لا يجوز فيه التوكيل، ثم قد يجوز للخياط أن يوكل وكيلاً بأن يتقبّل له عمل الخياطة، وكذلك يجوز لكل صانع يعمل بالأجر، أن يوكّل غيره، ولا يجوز أن يوكل إنسانـًا بالاصطياد والاحتشاش، وطلب الكنوز والمعادن، وما أشبه ذلك من الأشياء التي [تملك] بالأخذ بالمباحات، [فلما] لم يجز التوكيل لم تجز الشركة عليها، فإذا لم يجز التوكيل في هذه الأشياء، فلو فعل الوكيل، صار ما فعل له دون الموكل، إلّا إذا سَلّمه الموكل ويأخذ منه الثمن، فيصير بيعـًا بينهما بالتعاطي، [ولو سَلَّمه بغير عوض، صار كأنَّه وَهَب له](٢).

---

(١) شركة التقبل، وتسمىٰ شركة التقبيل، وشركة الصنائع: أن يشترك الصانعان كالخياطين والنجارين، فيقبلان الأعمال، وما حصلا من أجر فهو بينهما على ما شرطاه. وسبق في البداية تعريفها.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٥٠، ٢٥١؛ خزانة الفقه ص٣٣٤.

[الشَّرِكَةُ فِي الاِحْتِطَابِ والاِحْتِشَاشِ]

وإذا اشتركا الرجلان في الاحتطاب والاحتشاش، لا تجوز الشركة، فإذا احتطب كل واحد منهما حطباً، أو احتش كل واحد منهما حشيشاً، [كان] لكل واحد منهما ما احتطبه وما احتشه ولو خلطا ذلك.

فإن اتفقا على شيء يكون بينهما على ما اتفقا عليه، وإن اختلفا يجوز دعوىٰ كل واحد منهما إلى النصف مع اليمين على دعوىٰ صاحبه.

ولو احتش أحدهما أو احتطب، فأعانه الآخر على الجمع والرَّبْط، فإن ذلك كله للمحتش والمحتطب، ولا يكون للمعين شيء، وله عليه أجر مثله فيما أعانه وعمل له بالغاً ما بلغ في قول محمد، وقال أبو يوسف: له أجر مثله ولا يجاوز عن قيمته ما سمّىٰ له من النصف إلى الثلث.

وكذلك هذا الاختلاف في المضاربة الفاسدة إذا ربح، فإن الربح كله لرب المال، وللمضارب عليه أجر مثله بالغاً ما بلغ في قول محمد، سواء ربح أو لم يربح، وعند أبي يوسف: إذا ربح فله أجر مثله ولا يجاوز به عن المسمىٰ من [الربح](١)، وإن لم يربح فلا شيء له.

[الشَّرِكَةُ بِالعُرُوْضِ]

ولو أن رجلاً أجلس في دكَّانه رجلاً عليه العمل بالنصف، القياس: أن لا يجوز هذه الشركة؛ لأن مِنْ أحدهما العمل، ومِنْ الآخر الحانوت، فتكون هذه الشركة بالعروض، فلا تجوز، وفي الاستحسان: تجوز، لأن هذه شركة: [كشركة](٢) التقبل؛ لأن تقبل الأعمال من صاحب الحانوت عمل، فصارت هذه شركة الأعمال(٣).

---

(١) في أ (الجزء) والمثبت من م.

(٢) في أ (فشركة) والمثبت هو الذي يدل عليه السياق.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٥٩.

[الشَّرِكَةُ بِالوُجُوهِ]

وأما الشركة بالوجوه: فهو أن يشترك الرجلان وليس لهما مال ولا عمل، على أن يشتريا بالنسيئة ويبيعا بالنقد، فما حصل من الربح فهو بينهما، وإنما سميت هذه الشركة شركة الوجوه؛ [لأنه ليس لهما مال ولا عمل، فيجلس كل واحد منهما فينظر إلى وجه صاحبه، وقيل: إنما سميت بذلك]؛ لأنهما اشتركا لوجوههما، يعني بجاههما وأمانتهما، فيبيع الناس [السِّلَع] منهما بالنسيئة [لذلك]، وقد تكون هذه الشركة مفاوضة وعناناً.

فالمفاوضة: أن يكون الرجلان من أهل الكفالة، وأن يكون ثمن المشترىٰ على كل واحد منهما نصفه، وأن يكون المشترىٰ بينهما نصفين، وأن يتلفظا بلفظ المفاوضة.

وأما العنان منها: أن يجوز التفاضل في ضمان عن المشترىٰ بينهما، أن يشترطا الربح بينهما على قدر الضمان، وإن شرطا الربح بخلاف الضمان بينهما، فالشرط باطل، ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما من المشترىٰ، فيقسمان الربح بعد[1] ما استوفىٰ كل واحد منهما ما ضمن من الثمن على قدر الضمان.

قال: والشريكان مقبول قول كل واحد منهما على صاحبه في ضياع المال، وللمُدَّعِي في ذلك استحلاف المُدَّعَىٰ عليه على ما يدعيه عن ذلك؛ لأن القول قول الأمين مع اليمين[2].

قال: وأيّ الشريكين مات انفسخت الشركة بينهما، علم صاحبه بموته أو لم [١٧٢-أ] / يعلم؛ لأن كل واحد من الشريكين كان وكيلاً لصاحبه، وموت الموكل يكون وجب[3] عزل الوكيل، علم به [صاحبه] أو لم يعلم[4].

---

(١) في م (بقدر).

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٠٨.

(٣) في م (يكون عزلًا للوكيل).

(٤) انظر: المصدر السابق نفسه.

[أَحَدُ الشَّرِيْكَيْنِ فَسَخَ الشَّرِكَةَ]

ولو لم يمت واحد منهما ولكن أحد الشريكين فسخ الشركة بينه وبين شريكه، فإنه ينظر: إن كان شريكه غائباً ولم يعلم بفسخ الشركة، فلا تنفسخ الشركة بينهما، بخلاف الموت، ولو علم الشريك الآخر بفسخ الشركة أو كان الفسخ من أحدهما بحضرة صاحبه انفسخت الشركة [بينهما]، وإن كان مال الشركة عيناً يعني دراهم أو دنانير، ولو كان مال الشركة عروضاً وقت الفسخ [ذكر الطحاوي هاهنا أنها لا تنفسخ]، وجعلها بمنزلة المضاربة، ولا رواية عن أصحابنا في الشركة، وفي المضاربة رواية: أنَّ رب المال إذا نهي عن التصرف فإنه ينظر: إن كان مال المضاربة وقت النهي دراهم أو دنانير صَحَّ النهي، وإن كان [رأس المال] دراهم كان له أن يصرف الدراهم إلى الدنانير، وليس له أن يشتري بها عروضاً، وإن كان رأس المال وقت النهي عروضاً فلا يصح نهيه، وجعل الطحاوي الشركة لمن[1] له المضاربة، وبعض أصحابنا فرقوا وقالوا: يجوز فسخ الشركة، وإن كان رأس المال عروضاً بخلاف المضاربة؛ لأن مال الشركة في أيديهما جميعاً؛ وولاية التصرف فيه إليهما جميعاً، فيملك كل واحد منهما نهي عن صاحبه عيناً كان المال أو عروضاً، وأما مال المضاربة في يد المضارب، وولاية التصرف إليه لا إلى رب المال، فلا يملك رب المال نهيه بعدما صار المال عروضاً.

[والله أعلم بالصواب][2].

---

(١) في م (الشركة بمنزلة المضاربة).

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٤٩ - ٢٥٢.

كِتَابُ الوَكَالَة[1]

الأصل في الوكالة: أن كل ما يفعله الإنسان بنفسه من العقود بولاية نفسه كان له أن يوكل به غيره.

[الأمور التي تصح فيها الوكالة]

قال أبو جعفر رحمه الله تعالىٰ: (**وللرجل أن يوكل بحفظ ماله وببيعه، وبالتزويج عليه، وبطلاق نسائه، وبعتق عبيده وبكتابتهم**[2] [**مَن شاءَ**])؛ **لأن له أن يفعل هذه العقود بولاية نفسه، وكان له أن يوكِّلَ به غيره.**

---

(١) الوكالة في اللغة: التفويض إلى الغير، وردّ الأمر إليه.

(وفي الشرع: عبارة عن إقامة الغير مقامه في تصرف معلوم). الجوهرة ص٣٨٣.

(٢) في المختصر (ومكاتباتهم) ص ١٠٨.

قال الجصاص في الشرح: (والوكالة من الأمور التي أقرّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم الأمة عليها، مع علمه بكونها منها؛ لأن أهل كل مصرٍ لم يكونوا يخلون من ذلك ... .

وهي أيضـاً مذكورة في كتاب الله تعالىٰ، قال الله عز وجل فيما حكىٰ عن أصحاب الكهف: ﴿فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ فَلۡيَنظُرۡ أَيُّهَآ أَزۡكَىٰ طَعَامٗا فَلۡيَأۡتِكُم بِرِزۡقٖ مِّنۡهُ﴾ [الكهف: ١٩]، فتضمنت التوكيل من جماعتهم لواحد منهم؛ لأنه أضاف الوَرِق إليهم جميعـاً، بقوله: ﴿بِوَرِقِكُمۡ﴾، وهذه وكالة بشراء الطعام.

ويدل على الوكالة بالشراء والمبيع: حديث عُروة البارقي، وحكيم بن حزام، حين (دفع النبي صلىٰ الله عليه وسلم إلى كل واحد ديناراً، وأمره أن يشتري له شاةً، ثم أجاز بيع عروة للشاة بغير أمره) كما سبق تخريجه.

ونحوه أحاديث تدل على جواز الوكالة في قضاء الدين، واقتضائه). انظر بالتفصيل: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٦٣، ٢٦٤. ونحوه.

ثم التوكيل بالخصومة في قول أبي حنيفة: لا يجوز إلا برضا الخصم، سواء كان وكيل المُدَّعِي أو وكيل المدعىٰ عليه، إلاّ من عذر، والعذر: مرض، أو سفر، ويستوي عنده الموكل إذا كان رجلاً أو امرأة، بِكراً كانت أو ثَيِّباً.

وفي قول أبي يوسف ومحمد: تُقْبَلُ الوكالة من الرجال والنساء في جميع الأحوال[١].

وقال أبو يوسف: ولا تُقْبَل من النساء، ولا تقبل من الرجال، ثم رجع عن ذلك، وقال: تقبل من الرجال والنساء جميعاً.

وقال ابن أبي ليلىٰ: تُقْبَلُ من البِكْر ولا تقبل من الثَّيِّبِ، ولا من الرجل.

وأجمعوا في الشهادة على الشهادة: إنما تقبل إذا كان الأصل مريضاً لا يستطيع الحضور في مجلس القاضي، أو كان غائباً غيبة سفر، أو كان ميتاً، ثم الوكيل بالخصومة إذا أقرَّ على موكله ببطلان دعواه[٢]، أو كان وكيل المُدَّعَىٰ عليه فأقرّ على موكله بلزوم الحق[٣]، كان أبو يوسف يقول أولاً: لا يصح إقراره لا في مجلس القضاء ولا في غير مجلس القضاء، [وهو قول زفر، ثم رجع عن هذا وقال: يصح في مجلس القاضي وفي غير مجلس القاضي، وفي قول أبي حنيفة ومحمد: يصح في مجلس القاضي، ولا يصح في غير مجلس القاضي][٤]، ولو عزل الوكيلَ بعدما خاصم، [فشهد]، لا تقبل شهادته بالإجماع.

ولو لم يخاصم حتى عزل ثم شهد، تقبل شهادته، إلاّ في قول أبي يوسف: فإنها لا تقبل؛ لأنه صار خصماً عنده، ألا ترىٰ أن إقراره على موكله جائز عنده[٥].

(١) انظر: المختصر ص ١٠٨.
(٢) في م (حقه).
(٣) في م (المال).
(٤) ما بين المعقوفتين زيدت من م.
(٥) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٠٨، ١٠٩؛ شرح المختصر ٣/ ٢٦٥، ٢٦٦.

[تَوْكِيْلُ الوَكِيْلِ غَيْرَهُ]

قال: (وليس للوكيل أن يُوَكِّلَ بما وَكَّل به غيره، إلاّ أن يطلق له ذلك الذي وكَّله أو يجيز أمره فيما وكَّله به، فيكون له ذلك)[1]؛ لأن بناء الوكالة على الخصوص[2]، فليس له أن يفوض إلى غيره، إلاّ أن يأذن له المُوَكِّلُ بذلك، أو يقول له وقت التوكيل: ما صنعت من شيء فهو جائز، فحينئذٍ يجوز له التوكيل[3].

ولو وكَّل رجل رجلاً ببيع عبده، ولم يجز له ما صنع، ولا أذن له في التوكيل، فوكَّلَ الوكيلُ غيرَه ببيع ذلك، فباعه الوكيل الثاني، فإنه ينظر: إن كان باعه بحضرة الوكيل الأول، جاز البيع، وصار كأن الوكيل الأول باعه.

ولو باع بغير حضرة الأول، لا يجوز البيع حتى يجيزه الوكيل الأول، أو المُوَكِّلُ، [وهذا كله عندنا]، وقال زفر: لا يجوز بيع الوكيل الثاني، سواء كان بحضرة الأول أو بغير حضرته، [وقال ابن أبي ليلىٰ: يجوز بيع الوكيل الثاني، سواء باع بحضرة الأول أو بغير حضرته][4]، وكذلك الوكيل / بالشراء إذا وكّل غيره [١٧٢-ب]
فاشترىٰ، فهو على هذا الاختلاف.

[عَزْلُ الوَكِيْلِ]

قال: (وللموكل أن يعزل وكيله متىٰ شاء، ويكون الوكيل[5] بعزله إياه خارجاً

---

(١) مختصر الطحاوي ص ١٠٩.

(٢) في م (الخصومة).

(٣) وعلّل الجصاص ذلك بقوله: (وذلك لأن الوكيل إنما يتصرف من جهة الآمر، وليس تحت الوكالة بالبيع والقبض ونحوه أمرٌ منه بتوكيل غيره؛ لأن البيع وما وُكِّل به، ليس هو عبارة عن توكيل الغير؛ فلذلك لم يجز، إلاّ أن يقول له: اعمل فيه برأيك، فيجوز له توكيل غيره إذا رأىٰ ذلك)، ٣/ ٢٦٧، ٢٦٨.

(٤) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

(٥) في م (ويكون عزله إياه).

من وكالته)[١]، وهذا إذا لم يتعلق بوكالته حق الغير[٢]، فلا يملك الموكل عزله من غير رضىٰ من له الحق، كما لو رهن عند رجل ماله بدين له عليه، أو وضعه عند عدل وجعل المرتهن أو العدل مسلطاً على بيعه عند محل الأجل، ثم عزل الراهن المسلط على البيع، فإنه لا يصح عزله.

وكذلك لو وَكَّل المُدَّعَىٰ عليه وكيلاً بالخصومة مع المُدَّعِي بالتماس المدعي، ثم عزله المدعىٰ عليه بغير حضرة المدعي فلا ينعزل؛ لأنه تعلق بهذه الوكالة حق الغير.

ولو أراد الرجل أن يغيب عن امرأته ويسافر، فمنعته المرأة عن ذلك حتى وكَّل وكيلاً بطلاقها إن غاب، ثم عزله الزوج بغير حضرة المرأة ثم غاب، اختلف المشايخ: قال بعضهم: لا ينعزل لتعلق حق[٣] المرأة به، كما في الوكيل بالخصومة، وقال بعضهم: يصح عزله؛ لأنه غير مجبر على الطلاق ولا على التوكيل، وإنما فعله باختياره، فيملك عزله متى شاء كسائر التوكيلات.

ولو وكَّله وكالة غير جائزة الرجوع فيها، يعني بالفارسية: (وكيل بي بازكَشت)، ثم أراد أن يعزله، فإنه ينظر: إن كان ذلك في الطلاق أو في العتاق فإنه لا يملك العزل، ألا ترىٰ لو جعل أمر عبده في العتاق إلى رجل يعتقه متى شاء، وجعل أمر امرأته إلى رجل يطلقها متىٰ شاء، فإنه لا يملك الرجوع عنه، وكذلك لو قال الرجل: أعتق عبدي إذا شئت، أو قال: طلق امرأتي متىٰ شئت، فلا يملك العزل كذلك إذا قال: وكلتك وكالة غير جائز الرجوع فيها، (استحق حكم هذا التوكيل حكم ذاك)[٤].

---

(١) مختصر الطحاوي ص ١٠٩.

(٢) قال الجصاص في تعليل ذلك أيضاً: (وذلك لأن الوكالة لم تكن حقًّا لآخر، وإنما هي حق له، فله أن يبطلها، ويعزل عنها متىٰ شاء، وهي تشبه الإباحة ...)، ٣/ ٢٦٨.

(٣) في م (لأنه تعلق بهذه الوكالة حق الغير، وهي المرأة لا الوكيل).

(٤) في م (فقد ألحق حكم هذا التوكيل حكم الأمر).

ولو كان هذا التوكيل في البيع والشراء، أو الإجارة، أو النكاح، فإنه يَصِحُّ العزل عنه، هكذا قاله الشيخ أحمد بن منصور[(١)].

وقال بعض مشايخنا: له أن يعزله في الفصول كلها، وليست فيه رواية مسطورة[(٢)].

ولو قال وقت التوكيل: كلما عزلتك فأنت وكيلي وكالة مستقلة، فإنه إذا عزله ينعزل ولكن يكون وكيلًا وكالة مستقلة؛ لوجود الشرط لأن تعليق الوكالة بالخطر جائز.

ولو قال للوكيل: كنت [وَكَّلْتُكَ]، وقلت لك: كلما عزلتك فأنت وكيلي، وقد عزلتك عن هذا كله من الوكالة المطلقة والمعلقة بالشرط، فإنه ينعزل عن ذلك كله، فلا يكون وكيلاً بعد ذلك [إلاّ بتوكيل جديد؛ لأن من علَّق التوكيل بالشرط، ثم عزله عن ذلك قبل وجود الشرط، ينعزل الوكيل، ولا يكون وكيلاً بعد ذلك][(٣)] لوجود الشرط.

وقال بعضهم: لا يملك العزل قبل وجود شرط العزل، ولا يكون وكيلاً بعد ذلك بوجود الشرط.

وقال بعضهم [في المعلق]: لا يملك العزل قبل وجود الشرط، ويكون الوكيل وكيلاً له بالعزل وكالة مستقبلة، والأول أَصَحّ.

---

(١) في م (الشيخ الإمام).

(٢) وأجمل أبو الليث بما ينعزل به الوكيل، (بعشرة أشياء: بموت المُوَكِّل، وجنونه جنوناً مطلقاً، ولحاقه بدار الحرب مرتداً، وبموت الوكيل، وجنونه جنوناً مطلقاً، وبتصرف الموكل بنفسه، وبلحوقه بدار الحرب مرتداً، لم يجز تصرفه إلا أن يعود مسلماً، وبعجز المكاتب، وحجر المأذون، وبفسخ عقد الشركة). خزانة الفقه ص١٩٨.

(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

ولو أن الموكِّل خاطب الوكيل بالعزل، أو كان غائباً كتب إليه الكتاب بالعزل، فبلغه الكتاب ثم علم ما فيه من العزل، أو أرسل إليه رسولاً كائناً من كان الرسول عدلاً كان أو غير عدل، حراً كان أو عبدًا، صغيراً كان أو كبيراً بعد أن بلغ الرسالة، ويقول: إن فلاناً أرسلني إليك يقول: إني عزلتك عن الوكالة، فإنه ينعزل.

ولو لم يكتب كتاب العزل ولا أرسل إليه [رسولاً]، ولكنه عزل وأشهد على عزله والوكيل غائب، فإنه لا ينعزل، فإن أخبره بعزل موكله إياه رجلان عدلان، أو غير عدلين، أو أخبره بذلك رجل واحد عدل، انعزل في قولهم جميعاً، صَدَّقه الوكيل أو لم يصَدِّقْه إذا ظهر صدق الخبر، وإن كان الذي أخبره واحد [غير عدل]، فإن صدقه انعزل في قولهم جميعاً(١)، وإن كذَّبه لا ينعزل وإن ظهر صدق الخبر في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: ينعزل الوكيل إذا ظهر صدق الخبر وإن كذّبه(٢).

وكذلك الاختلاف: في الشفيع إذا أخبره بالبيع واحد غير عدل فلم يصدقه، ولم يطلب الشفعة حتى ظهر عنده صدق الخبر، بطلت الشفعة عندهما، وهو على شفعته عند أبي حنيفة.

---

(١) في م (بالإجماع).

(٢) قال الجصاص في المسألة: (لم يختلفوا أن الوكالة نفسها تثبت بخبر الواحد، ثقة كان أو غير ثقة، ولم يختلفوا أن العزل برسالة الواحد إذا أرسله فيه الموكِّل، عدلاً كان أو غير عدل، وإنما اختلفوا في المُخْبِر بالعزل إذا لم يكن رسولاً)، ٣/ ٢٦٨.

(وأما الرسول في العزل، فإنما صحّ به العزل، ولم تُشرط فيه العدالة؛ من قِبَلِ أن الرسول قائم مقام المُرسِل في الأداء).

(وأما إذا أخبره مخبر بالعزل على غير وجه الرسالة، فإن أبا حنيفة قال: ينبغي أن يكون خبر العزل آكد من خبر التوكيل؛ لأنه قد ثبت له حق التصرف بغير ضمان يلحقه، وخبر المخبر بالعزل يلزمه الضمان بالتصرف، فوجب أن يكون آكد من خبر الوكالة)، ٣/ ٢٦٩.

وكذلك هذا الاختلاف: في عبد جنىٰ جناية في بني آدم فأخبر مولاه واحد غير عدل أن عبده جنىٰ، فلم يصدقه حتى أعتقه، [فإنه] لا يصير مختاراً [للفداء] في قول أبي حنيفة، وقالا: يصير مختاراً.

وكذلك الاختلاف/ في العبد المأذون (إذا حجره مولاه)(١). [١٧٣-أ]

[قال]: والعزل الحكمي لا يحتاج فيه إلى معرفة الوكيل، فينعزل سواء علمه الوكيل أو لم يعلمه، نحو: أن يموت الموكل، أو يوكل رجلاً ببيع عبده، ثم أن الموكل أخرج العبد من ملكه قبل أن يبيعه الوكيل، أو دَبَّره أو كاتبه، أو رهنه، انعزل الوكيل علم به أو لم يعلم، وكذلك إذا وَكَّلَ رجلاً بخلع امرأته ثم طلقها الزوج طلاقـاً بائنـاً، انعزل [الوكيل].

ولو أن العبد عاد إلى ملك الموكل ينظر: إن عاد فسخاً عادت الوكالة، وإن عاد (حكم ملك جديد)(٢) فلا تعود الوكالة.

[تَصَرُّفَاتُ الوَكِيلِ قَبْلَ عِلْمِهِ بِالتَوْكِيْلِ]

قال: (وما فعله الوكيل قبل علمه بالوكالة، فغير جائز)(٣).

يعني: إذا وَكَّل رجلًا ببيع عبده، فباعه الوكيل قبل علمه بالوكالة، لا يجوز بيعه حتى يجيزه الموكل، أو الوكيل بعد معرفته بالوكالة.

ولو وكله بحضرته، أو كتب إليه بذلك كتاباً، فبلغه الكتاب وعلم ما فيه، أو أرسل إليه رسولاً بذلك، فبلغ الرسول الرسالة، أو أخبره بالتوكيل رجلان، أو رجل واحد عدل، فعاد وكيلاً [بالاتفاق]، وإن أخبره رجل واحد غير عدل(٤)،

---

(١) في م (إذا بلغه حجر المولىٰ). (٢) في م (بملك جديد).

(٣) في المختصر (فغير نافذ) ص ١٠٩.

(٤) في م (إن صدّقه صار وكيلًا، وإن لم يصدقه ينبغي أن يكون على هذا الاختلاف: عند أبي =

يجب أن يكون على الاختلاف، كما اختلفوا في العزل.

ولو قال المُوَكِّل لرجل: اذهب بعبدي إلى فلان (لتبيعه منه)[١]، فذهب الرجل بالعبد إليه، وأخبره أن صاحب العبد أمر ببيعه فاشتراه منه، صَحَّ الشراء، فإن لم يخبره بذلك واشتراه منه، ذكر محمد في كتاب الوكالة: أن البيع جائز، وجعل معرفة المشتري بالتوكيل كمعرفة البائع الوكيل.

وذكر في الزيادات: أنه لا يجوز البيع، [وصور المسألة في الصبيّ المأذون]، وذكر في المأذون [الكبير]: ما يدل على جواز البيع: وهو أن يقول المولىٰ لقوم: [يا قوم] بايعوا عبدي، فإني قد أذنت له في التجارة، فبايعوه، جاز وإن لم يعلم العبد بأمر مولاه لهم بالمبايعة.

وليس التوكيل كالوصاية: وهو أن رجلاً أوصىٰ إلى رجل غائب ثم مات المُوْصِي، ثم إن الوَصِيَّ باع شيئاً من تركة الميت قبل علمه بالوِصَايَةِ والموت، فإن بيعه جائز [في الاستحسان]، ويكون ذلك منه قبولاً للوصاية، ولا يملك إخراج نفسه منها، والفرق بينهما: أن الوصي يخلف الميت عند خلو مكانه، كالوارث يقوم مقامه.

ولو أن الوارث باع تركة الميت بعد موته وهو لا يعلم بموته، جاز بيعه، فكذلك الوصي، ولا كذلك التوكيل، وعزل الوكيل عن الوكالة؛ لأن التوكيل أمر [منه]، والعزل نهي [عنه]، وأوامر العباد ونواهيهم معتبرة بأوامر الله تعالىٰ ونواهيه، وذلك لا يلزم الأبعد العلم والسَّمَاع، ألا ترىٰ أن أصحاب رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم شربوا الخمر بعد حرمتها [من غير علم]، فنزلت الآية[٢] في عذرهم

= حنيفة: لا يكون وكيلاً، وعندهما: يكون وكيلا).

(١) في م (فيبيعه فلان منك).

(٢) وإنما ذكر في (سبب نزول هذه الآية: فيما قال ابن عباس، والبراء بن عازب، وأنس بن مالك: أنه لما نزل تحريم الخمر، قال قوم من الصحابة: يا رسول الله، كيف بمن مات منا =

وهو قوله عز وجل: ﴿ لَيْسَ عَلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَعَمِلُواْ ٱلصَّٰلِحَٰتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوٓاْ ﴾ الآية [المائدة: ٩٣]، وأيضاً فإنهم صلُّوا إلى بيت المقدس بعد ما حوّلت [القبلة] إلى الكعبة، ولم يؤمروا بالإعادة[١].

(والفرق بين الوصي والوارث: أن الوارث إذا قال: رددت الإرث، فإنه لا يكون رَدّاً، وأما الوصي إذا رَدَّ الوَصِيَّةَ بعد موت المُوْصِيْ قبل أن يعلم، يكون رَدّاً)[٢].

[الوَكَالَةُ فِي الحُدُوْدِ والقِصَاصِ]

قال: (ولا تجور الوكالة في الحدود ولا في القصاص)[٣].

اعلم أن التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص باطل بالإجماع، ولا يجوز استيفاء القصاص والحدود إلا بحضرة من ثبت له القصاص والحَدُّ، ولو كان الموكل حاضراً وأمر رجلاً باستيفاء القصاص، جاز.

وإقامة حد القذف وحد السرقة إلى السلطان أو القاضي، ولكنه لا يحد[٤] إلا بحضرة المقذوف، والمسروق منه، ولو لم يوكل وكيلاً بالاستيفاء، ولكنه وَكَّلَه بإثبات القصاص والحد، فإن التوكيل صحيح في قول أبي حنيفة، وإثبات الوكيل

وهو يشربها ويأكل الميسر؟، ونحو هذا من القول، فنزلت هذه الآية). كما ذكر ابن عطية في تفسيره (المحرر الوجيز) ص٥٧٦ (دارا بن حزم).

(١) وسبب النزول كما ذكر، ولكن يمكن إدخال من لا علم له بالحكم في تحريم الخمر والميسر، بجامع الجهالة، والعبرة بعموم اللفظ، وليس بخصوص السبب.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م. انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٧٢.

(٣) تكملة العبارة: (... إلّا في إثبات البينات عليها، فإذا وجبت إقامتها، لم تقم إلا بمحضر من الموكل بها في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ)، مختصر الطحاوي ص١٠٩. وذكر الشارح ذلك بمعناه.

(٤) في م (لا يقام).

كإثبات الموكل، وبعد القضاء بإثبات الوكيل، لا يستوفى حتى يحضر الموكل[١].

وقال أبو يوسف: لا تجوز الوكالة ولا تقبل البينة فيهما من الموكل، وقول محمد مضطرب: في بعض الروايات مع أبي حنيفة، وفي بعضها مع أبي يوسف، وذكر الطحاوي قول / محمدٍ مع أبي حنيفة[٢]. [١٧٣-ب]

وأما حد الزنا والشرب لا يحتاج فيها إلى خصومة أحدٍ، لتقبل البينة عليهما، وأما [التعزير][٣] فهو كسائر حقوق الناس تقبل فيه الوكالة، ألا ترىٰ أنه يثبت بشهادة رجل وامرأتين[٤].

[الوَكَالَةُ بِأَمْرٍ مُسْتَقْبَلٍ]

قال: (**وإذا وَكَّل [رجل] رجلاً ببيع عبده غداً، كان وكيلاً في الغد وفيما بعده، ولا يكون قبل الغد وكيلاً**)[٥].

الأصل في هذا: أن تعليق الإطلاق بالخطر جائز كالتوكيل، وهو أن يقول: إذا جاء غداً فقد وكلتك، وإذا دخلت الدار فقد وكلتك، وكإذن العبد في التجارة، وكالطلاق، والعتاق، وتعليق التمليكات والتقييدات بالخطر لا يجوز: كالبيع،

---

(١) وذلك أن الوكالة في الخصومة وفي إقامة البَيِّنَة، إنما أجازها أبو حنيفة ومحمد من قِبَل: أن الخصومة إنما هي سبب الإثبات، لا أنها هي المثبتة، فأشبهت شهادة الإحصان؛ لما كَانت سبباً في إثبات الرجم، ولم تكن هي موجبة له، جاز إثباته بما لا يثبت به الزنىٰ: وهو شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، كذلك الخصومة في إثباته). شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٧٣.

(٢) المصدر السابق نفسه.

(٣) (التعزير: تأديب دون الحدِّ، وأصله من العَزْرِ، بمعنىٰ: الرَّدِّ والرَدْعِ). المغرب (عزر).

(٤) وذكر أبو الليث فيما (لا يجوز التوكيل في ثلاثة أشياء: ١-استيفاء الحدود. ٢-والقصاص. ٣-والاصطياد. ويجوز التوكيل في إثبات الحدود والقصاص عند أبي حنيفة ومحمد، ولكنه لا يستوفيه إلا بحضرة المُوَكِّلِ). خزانة الفقه ص١٩٨.

(٥) مختصر الطحاوي ص١٠٩.

والهبة، والصدقة، والإبراء من الديون، (وعزل الوكيل)(١)، وحجر المأذون، والرجعة في الطلاق [الرجعي]، وما أشبه ذلك، [فإنه] لا يجوز تعليقها بالخطر.

فإذا عرفنا هذا فنقول: إذا وكَّل رجل [رجلاً] ببيع عبده غداً، لا [يكون وكيلاً قبل الغد؛ لأنه لم يوجد شرطه، ويكون وكيلاً بعد الغد، ولا](٢) ينعزل بمضي غد؛ لأن تعليق العزل بالخطر لا يجوز، فكأنه قال: إذا مضىٰ غد فقد عزلتك، فلا يصح(٣).

[قَبْضُ الثَّمَنِ إِلَىٰ الوَكِيْلِ]

قال: (**وإذا وكَّل الرجل رجلًا ببيع عبده، فإن قبض الثمن في ذلك إلى الوكيل، وكذلك تسليم المبيع**)(٤).

اعلم أن حقوق العقد في البيع والشراء، والإجارة والاستئجار، وما كان مبادلة بالمال ترجع إلى العاقد، والعاقد في حقوق عقده كالمالك، والمالك كالأجنبي، وهذا إذا كان الوكيل من أهل أن يعقد لنفسه، وأما إذا لم يكن من أهل العقد [لنفسه]، فلا تنصرف حقوقه إليه، وإنما تنصرف حقوق العقد إلى الموكل: كالعبد المحجور، والصبي المحجور عليه، والمعتوه المحجور الذي يعقل البيع والشراء، وحقوق العقد: هي قبض الثمن وتسليم المثمن.

ولو أن الموكل طالب المشتري بالثمن، ليس له ذلك، ولو أمر الوكيل الموكل بقبض الثمن، فأيهما طالبه بالثمن أجبر المشتري على تسليم الثمن إليه، ولو نهىٰ الوكيلُ الموكلَ عن قبض الثمن صَحَّ نهيه، ولو نهىٰ الموكل الوكيلَ عن قبض الثمن

---

(١) في م (وتحول الوكيل عن الوكالة).

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ، والمثبت من م.

(٣) انظر: شرح المختصر ٣/ ٢٧٤.

(٤) وتكملتها في المختصر (في ذلك أيضاً الوكيل لا على الموكل) ص١٠٩.

لا يصِحُّ نهيه، غير أن المشتري لو نقد الثمن للموكل، برئ عن الثمن استحساناً.

ولو أن الوكيل أبرأ المشتري عن الثمن، أو وهبه، أو أبرأه عن البعض، أو حَطَّ [عنه] كان ذلك جائزاً، ويضمن الوكيل للموكل ما أسقط عن المشتري، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يصح إبراؤه ولا هبته ولا حَطّه، (ولكن ينعزل فيرجع الموكل ويقبض)(١).

وكذلك لو أخَّر الوكيل الثمن فهو على هذا الاختلاف، ولو فعل ذلك كله الموكِّلُ صَحَّ بالإجماع، والوكيل هو الذي يطالب بتسليم المبيع، ولا يطالب الموكل به [إذا فقد المشتري الثمن، فلا يطالب الموكل به](٢)، ولو استحق المبيع رجع المشتري بالثمن على الوكيل إن نقد الثمن إليه، وإن نقد الثمن إلى الموكل رجع بالثمن عليه.

ولو لم يستحق [المبيع] ولكن المشتري وجد به عيباً، فله أن يخاصم الوكيل، فإذا ثبت عليه العيب ورَدَّه عليه بقضاء قاضٍ، أخذ الثمن من الوكيل إذا نقد إليه، وإذا نقد الثمن إلى الموكل أخذ منه، وكذلك الوكيل بالشراء: وهو المطالب بالثمن دون الموكل، وهو الذي يقبض المبيع من البائع دون الموكل، وإذا استحق المبيع، فهو الذي يتولىٰ الرجوع بالثمن على البائع دون الموكل، ولو وجد بالمبيع عيباً فإنه ينظر: إن كان المبيع في يده بعد ولم يسلمه إلى الموكل، فله أن يرده عليه بالعيب، وإن كان سلمه إلى الموكل فلا يرده إلا برضا الموكل، وكذلك هذا الحكم في الإجارة والاستئجار.

[الوَكَالَةُ فِيْ النِّكَاحِ والعِتْقِ]

ولو كان هذا وكيلًا في العقود التي هي مبادلة مال بغير مال: كالنكاح، والخلع،

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

والصلح عن دم العمد، والكتابة، والعتق على مال، فإن الوكيل معبر في هذه العقود بتصرف حقوق العقد إلى الموكل دون الوكيل، فإن كان الوكيل بالنكاح وكيل الزوج فلا يؤاخذ الوكيل بالمهر، وإنما يؤاخذ الزوج، إلا إذا ضمن فيؤاخذ بالضمان، لا/ بالعقد. [١٧٤-أ]

وكذلك لو كان [الوكيل] وكيل المرأة ليس إليه قبض المهر، وكذلك الوكيل بالكتابة ليس إليه قبض الكتابة، وكذلك الوكيل بالخلع إن كان وكيل الزوج فليس إليه قبض بدل الخلع، وإن كان وكيل المرأة فلا يؤاخذ ببدل الخلع إلا إذا ضمن، وكذلك الوكيل بالصلح عن دم العمد [فهو] على هذا[1].

[تَوْكِيْلُ الصَّبِيِّ أَوِ العَبْدِ]

ولو كان الوكيل بالبيع صبياً محجوراً عليه وباعه، نفذ بيعه، وتكون العهدة على الآمر، وكذلك لو وَكَّلَهُ بالشراء فاشترىٰ، صَحَّ الشراء على الآمر[2]، ولا خيار للمشتري ولا للبائع من الوكيل المحجور عليه، سواء علم المشتري بكون الوكيل محجوراً عليه أو لم يعلم. في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: إن كان عالماً فلا خيار له، وإن كان جاهلاً فله الخيار؛ لأنه إنما شرع في العقد لتكون عهدته على العاقد، فلما لم تكن عليه العهدة، فقد عدم رضاه فله الخيار: إن شاء فسخ العقد، وإن شاء أمضىٰ.

---

(١) انظر المسألة في شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٧٥، ٢٧٦.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ١١٠. (والأصل في جواز توكيل الصَّبِيِّ: ما روي (أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم لمَّا خَطَبَ أمَّ سلمة قالت: ليس أحد من أوليائي حاضراً، فقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: ليس أحدٌ من أوليائك إلا هو يرضاني، ثم قال لابنها: يا عمر، قم فزوِّجْ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم. وكان صغيراً) [أخرجه أحمد في المسند ٦/ ٣١٤؛ والنسائي في السنن ٦/ ٨١؛ والحاكم في المستدرك وصححه ٤/ ١٧، ووافقه الذهبي؛ وصحح إسناده ابن حجر في الإصابة ٤/ ٤٥٩]).

[ادِّعَاءُ الوَكِيلِ بتَلَفِ الثَّمن المقْبُوضِ]

قال: (وإذا باع الوكيل ثم ادَّعَىٰ تلف الثمن عنده، كان القول قوله [مع يمينه])(١).

هذا على وجهين: إما أن يوكِّله ببيع العبد ولم يسلم العبد إلى الوكيل، أو سَلَّم إليه، فأما إذا لم يسلمه إليه فقال الوكيل: بعته من هذا الرجل وقبضت منه ثمنه وهلك في يدي، أو قال: دفعته إلى الموكل، وكذبه الموكل في البيع وقبض الثمن، أو صدَّقه في البيع، وكذبه في قبض الثمن، فإن الوكيل غير(٢) مصدق في قبض الثمن في حق الموكل، والمشتري بالخيار: إن شاء نقد الثمن ثانيًا إلى الموكل وقبض منه المبيع، وإن شاء فسخ البيع، وله أن يرجع في الحالين جميعًا على الوكيل بما نقده؛ لأن إقرار الوكيل بقبض الثمن في حق نفسه جائز، [ولا يصح في حق الموكل].

وكذلك لو أقر الوكيل بالبيع [وزعم] أن الآمر قبض من المشتري الثمن، فأنكر الآمر ذلك، فإن الوكيل مصدق في البيع غير مصدق في إقراره على الآمر بالقبض، فيخير المشتري كما ذكرنا، إلا أن هاهنا لا يرجع على الوكيل (بثمن)(٣)؛ لأنه لم يؤمر بقبض الثمن.

وإن صَدَّقه الموكل في البيع وقبض الثمن، وكَذَّبه في الهلاك أو الدفع إليه، فالقول: قول الوكيل في دعواه الهلاك، أو الدفع مع يمينه(٤)، ويجبر الموكل على تسليم العبد إلى المشتري، ولا يؤمر المشتري بأن ينقد الثمن ثانيًا؛ لأن وصول

---

(١) مختصر الطحاوي ص ١١٠.

(٢) العبارة هنا في م (فإن الوكيل يصدق في البيع، ولا يصدق في قبض الثمن في حق الموكل).

(٣) في م (بشيء).

(٤) (وذلك لأنه أمينٌ فيما يحصل في يده من الثمن، كما كان أمينًا في المبيع قبل)، كما في شرح المختصر ٣/ ٢٧٨.

الثمن إلى يد وكيله كوصوله إلى يده.

ولو كان العبد مُسَلَّمًا إلى الوكيل، فقال الوكيل: قد بعت من هذا الرجل وقبضت منه الثمن فهلك[١] عندي، أو قال: دفعت إلى الموكل، أو قال: قبض الآمر الثمن من المشتري، فإن الوكيل مصدق في ذلك كله، ويسلم [العبد] إلى المشتري ويبرأ من الثمن، ولا يمين على المشتري؛ لأن العاقد [أقر ببراءته من الثمن][٢]، [والثمن على الموكل][٣]، فإن حلف على ما يدعيه برئ من الثمن، وإن نكل عن اليمين، لزمه ضمان الثمن للموكل، فإن استحق العبد بعد ذلك من يدي المشتري، فإنه يرجع بالثمن على الوكيل إذا أقرّ بقبض الثمن منه، والوكيل لا يرجع على الموكل (بما ضمن من الثمن للمشتري؛ لأن الموكل لم)[٤] يصدقه على قبض الثمن، فإقرار الوكيل على نفسه جائز، ولا يجوز في حق الرجوع على الموكل، وله أن يحلف الموكل على العلم على قبض الوكيل، فإن نكل رجع عليه بما ضمن.

ولو أقرّ الموكل بقبض الوكيل الثمن، ولكنه كذبه في الهلاك أو الدفع إليه، فإن الوكيل يرجع بما ضمن عليه؛ لأن يد الوكيل كيده، ولو كان الوكيل لم يقر بقبض [الثمن لنفسه]، ولكنه أَقَرَّ أن الموكل قبضه من المشتري، فلا يرجع المشتري على الموكل؛ لأنه لم يقبض منه الثمن، ولا [يرجع] على الموكل (أيضاً؛ لأن إقرارهما على الموكل)[٥] لا يجوز.

ولو لم يستحق المبيع ولكن وجد به عيباً، كان له أن يخاصم الوكيل، فإذا

---

(١) في م (وذلك).
(٢) في أ (قد برأ عن الثمن) والمثبت من م.
(٣) وفي م (اليمين على الموكل).
(٤) ما بين القوسين ساقطة من م.
(٥) ما بين القوسين ساقطة من م.

رَدَّه عليه بقضاء، رجع بالثمن عليه إن أقر بقبض الثمن منه، وللوكيل أن يرجع على الموكل بما ضمن، إذا أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن، ويكون المبيع للموكل.

وإذا لم يقر الموكل بقبض الوكيل [الثمن] بما ضمن على الموكل، وله أن يحلف الموكل على العلم على قبضه، فإن نكل رجع عليه.

وإن/ حلف فلا يرجع عليه، ولكنه يبيع العبد فيستوفي ما ضمن من ثمنه، فإن كان فيه فضلٌ رَدَّه على الموكل، وإن كان فيه نقصان فلا يرجع بالنقصان على أحد، ولو كان الوكيل لم يقر بقبض الثمن لنفسه ولكنه أقر بقبض الموكل، فلا يرجع المشتري بالثمن على الموكل؛ لأنه لم يدفعه إليه، ولا يرجع أيضاً على الموكل؛ لأنهما لا يصدقان [عليه بالقبض]، وعلى الموكل الثمن على البتات، فإن نكل رجع عليه والمبيع له، وإن حلف لا يرجع عليه، ولكن المبيع يباع [عليه]. [١٧٤-ب]

وذكر الطحاوي في الفصل الأول: أن الوكيل يبيعه في قول أبي يوسف ومحمد، وفي قول أبي حنيفة: لا يبيعه[١]، وجعل هذا [كبيع] مال المديون، ولكن الصحيح: الوكيل لو باعه يجوز بيعه؛ لأنه لما رد عليه فسخاً عادت الوكالة، فإذا بيع العبد يستوفي المشتري منه الثمن إن أقر الوكيل بقبض الموكل الثمن، ولم يقر بقبض نفسه.

وإن أقر بقبض الثمن ضمن للمشتري الثمن، ويأخذ من الثمن[٢] مقدار ما غرم، (فإن كان فيه فضل رَدَّه على الموكل)[٣]، وإن كان فيه نقصان فلا يرجع على أحد.

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١١٠.

(٢) في م (من المشتري).

(٣) ما بين القوسين ساقطة من م.

[قَوْلُ الوَكِيْلِ فِي بَرَاءَة نَفْسِه، فِيْمَا إِذَا أَمَرَ بَالدَّفْعِ]

قال: (وإذا دفع رجل إلى رجل مالاً ليدفعه إلى رجل، فذكر أنه قد دفعه إليه، وكذبه في ذلك الآمر والمأمور له بالمال، فالقول: قول الذي يدعي الدفع إلى المأمور له في براءة نفسه عن الضمان)[1]، والقول: قول المأمور له إنه لم يقبض، ولا يسقط دَيْنُه عن الآمر، ولا تجب اليمين عليهما جميعاً، وإنما تجب على أحدهما؛ لأنه لا بُدّ للآمر من تصديق أحدهما وتكذيب الآخر، فتجب اليمين له على الذي كَذَّبه دون الذي صَدَّقه، فإن صَدَّق المأمور في الدفع، فإنه يحلف الآخر بالله ما قبض، فإن حلف لم يسقط دينه ولم يظهر القبض، وإن نكل ظهر قبضه، وسقط عن الآمر دينه، وإن صدق الآخر أنه لم يقبضه وكذب المأمور، فإنه يحلف المأمور خاصة بالله لقد دفعته إليه، فإن حلف برئ، وإن نكل عن اليمين لزمه ما دفع إليه.

وكذلك لو أودع عند رجل مالًا، ثم أمر المُوْدِع أن يدفع الوديعة إلى فلان، فقال [المُوْدَع]: قد دفعت، فهو على هذا التفصيل.

ولو دفع المُوْدَع الوديعة إلى رجل، وادَّعَىٰ أنه دفعها بأمر صاحب الوديعة، وأنكر صاحب الوديعة الأمر، فالقول: قوله مع يمينه أنه لم يأمره بذلك.

ولو كان المال مضموناً على رجل: كالمغصوب في يد الغاصب، أو دين فأمره صاحب الدين، أو المغصوب منه أن يدفعها إلى فلان، فقال المأمور: قد دفعت إليه، وقال فلان: لم أقبض، فالقول: قول فلان أنه لم يقبض، ولا يصدق المأمور على الدفع إلا بِبَيِّنَةٍ؛ لأن في ذلك إبراء نفسه عن الضمان، إلا إذا صَدَّقَهُ الآمر في الدفع، فحينئذٍ يبرأ، ولا يصدقان على القبض[2]، فالقول قوله مع يمينه أنه لم يقبض.

---

(١) مختصر الطحاوي ص١١٠.

(٢) وفي المختصر (فالقول قول الوكيل في براءة نفسه) ص١١٠.

ولو كذب الآمرُ المأمورَ في الدفع)[١] وطلب المأمور يمينه، فإنه يُحَلِّفُهُ على العلم: بالله ما يعلم أنه دفع، فإن حلف أخذ منه الضمان، ولو نكل، سقط عنه الضمان بحال[٢].

[شِرَاءُ الوَكِيلِ وبَيْعُهُ مِنْ نَفْسِهِ]

[قال]: (**ولا يجوز شراء الوكيل من نفسه ولا بيعه منها**)[٣]، وكذلك لو أمره الموكل أن يبيعه من نفسه، أو يشتريه من نفسه، لم يجز أيضاً، وكذلك لو باعه الوكيل من ابن له صغير، لم يجز[٤]، كأنه باعه من نفسه، وكذلك لو باعه من عبده أو مكاتبه، لم يجز بالإجماع.

وإن باعه من أبويه وإن علا، أو باعه من أولاده الكبار وإن سفلوا، أو باعه من زوجته، أو الزوجة باعته من زوجها، أو باعه ممن لا تجوز شهادته له جملة، لا يجوز بيعه في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: يجوز.

ولو أمر به الموكل بالبيع من هؤلاء، أو أجاز له ما صنع، فباعه من هؤلاء، يجوز بالإجماع، إلا أن يبيعه من نفسه، أو من ولده الصغير، أو من عبده ولا دين عليه، فإنه لا يجوز[٥].

---

(١) في م (أنه لم يدفع).

(٢) انظر: شرح المختصر ٣/ ٢٧٩.

(٣) مختصر الطحاوي ص١١٠. وفي خزانة الفقه: (سبعة أشياء لو فعلها الوكيل بنفسه، لا يجوز: إذا وكَّله بأن يبيع عيناً من نفسه، لا يجوز إذا وكَّله فاشتراها الوكيل لنفسه، وكذلك الإجارة، والصلح عن المال، والكتابة، وأخذ الشفعة، والعبد المأذون إذا اشتراه رجل من العبد، فأمر المشتري المولىٰ الغريم أن يأخذه لنفسه الشراء، وكذلك الجاني)، ص ٢٠٢.

(٤) وفي المختصر (... فأما أبو الطفل، فهما جائزان منه للطفل) ص١١٠؛ وفي شرح المختصر (... ولأبي الصغير أن يشتري منه لنفسه، وكذلك الجد إذا لم يكن له أب) ٣/ ٢٨٠.

(٥) انظر: المختصر ص ١١٠، ١١١؛ خزانة الفقه ص٢٠٠؛ الهداية ٣/ ١١٣٧.

وكذلك حكم الوكيل بالشراء إذا اشترىٰ من هؤلاء، وأما الأب إذا اشترىٰ مال ولده الصغير بمثل قيمته، أو بأكثر من قيمته، أو أقل / مقدار ما يتغابن الناس فيه، [١٧٥-أ] جاز الشراء.

ولو اشترىٰ بأقل من قيمته مقدار ما لا يتغابن الناس فيه، لا يَصِحّ الشراء، وكذلك لو باع ماله من ولده الصغير بمثل قيمته، أو بأقل، أو بأكثر من قيمته مقدار ما يتغابن الناس فيه، صَحَّ البيع، وإن كان بأكثر من قيمته مقدار ما لا يتغابن الناس فيه، لا يجوز، وكذلك حكم الجد أب الأب عند عدم الأب ووصيه.

وأما حكم الوَصِيِّ في بيع مال اليتيم وفي الشراء لليتيم من الأجنبي، كحكم الأب والجد، ويخالفهما في البيع من نفسه [مال اليتيم] وفي شراء مال نفسه لليتيم، قال محمد: لا يجوز بحال كالوكيل بالبيع أو الشراء، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إن كان خيراً لليتيم جاز، وإلا فلا[١].

[حكم من يتصرف بالتسليط]

وذكر الطحاوي قول أبي يوسف مع محمد قال: (**ولا يجوز ابتياع الوكيل ما وُكِّل بابتياعه إلّا أن يبتاعه بما يتغابن الناس في مثله، إذا لم يسم في الوكالة ما يبتاع به، وجاز في قول أبي حنيفة: بيع الوكيل بما وَكَّلَ ببيعه بما يتغابن الناس فيه، وبما لا يتغابنون فيه**)[٢].

حكمه: من يتصرف بالتسليط، حكمهم على أوجه:

منهم: من يجوز بيعه وشراؤه على المعروف.

[ومنهم: من يجوز بيعه وشراؤه على المعروف] وعلى خلافه.

---

(١) في م (وإلا كان شراء له، فلا يجوز). انظر: مختصر الطحاوي ص ١١٠، ١١١.

(٢) مختصر الطحاوي ص١١١.

ومنهم: من يجوز بيعه كيفما كان، وشراؤه على المعروف.

ومنهم: من لا يجعل قدر ما يتغابن الناس فيه عفواً.

ومنهم: من لا يجوز بيعه ولا شراؤه ما لم يكن خيراً لليتيم:

أما الوجه الذي يجوز البيع والشراء على المعروف: فهو الأب في مال ولده الصغير، والجد بعد وفاة الأب وإن علا، والوصي، وقدرما يتغابن الناس فيه عفو.

وأما الوجه الذي يجوز البيع والشراء بالمعروف وعلى خلافه: فهو المكاتب، والعبد المأذون في التجارة عند أبي حنيفة: يجوز لهم أن يبيعوا ما يساوي[1] ألفـًا بدرهم، ولهم أن يشتروا ما يساوي درهمـًا بألف، وعند أبي يوسف ومحمد: لا يجوز إلا على المعروف.

وأما الحر البالغ فيجوز بيعه وشراؤه كيفما كان في قولهم جميعـًا.

وأما الوجه الذي يجوز البيع كيفما كان، ويجوز الشراء على المعروف: فهو المضارب، والشريك شركة عِنان أو مفاوضة، والوكيل بالبيع المطلق، يجوز بيع هؤلاء عند أبي حنيفة بما عَزَّ وهَانَ وبأيِّ ثمن كان، وعندهما: لا يجوز بيعهم إلا بالمعروف، وأما شراء هؤلاء لا يجوز إلا بالمعروف في قولهم جميعـًا[2].

ولو اشترىٰ بخلاف المعروف والعادة، أو بغير الدراهم والدنانير، نفذ شِراؤهم على أنفسهم، [وضمنوا ما نقدوا فيه من مال غيرهم بالإجماع][3].

وأما الوجه الذي لا يجعل قدر ما يتغابن[4] الناس فيه عفواً: وهو المريض

---

(١) في م (ألف درهم بدرهم)، وفي الثاني (درهم بألف درهم).

(٢) في م (بالإجماع).

(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

(٤) الغَبْن من غَبَن، ومنه: غَبَنَه في البيع والشراء غَبْنًا، أي: نقصه، وغُبِنَ -بالبناء للمفعول- فهو مغبون، أي: منقوص في الثمن أو غيره. كما في المصباح (غبن)، والغبن في العقود على =

إذا باع ماله في مرض موته، وحابى[1] فيه قليلاً، وعليه دين مستغرق، فإنه لا يصح محاباته فيه وإن قلَّ، والمشتري بالخيار: إن شاء زاد في الثمن إلى تمام القيمة، وإن شاء فسخ[2].

[بَيْعُ الوَصِيِّ التَّرِكَة]

وأما وَصِيُّهُ بعد وفاته إذا باع تركته لقضاء ديونه، وحابىٰ فيه قدر ما يتغابن الناس فيه، صَحَّ عقده، ويجعل ذلك منه عفواً، وكذلك لو باع المريض ماله من بعض ورثته، وحابىٰ فيه وإن قَلَّ لا يجعل عفواً، ويخيَّر المشتري في قولهما، وأما على قول أبي حنيفة: فلا يجوز البيع وإن كان بأكثر من قيمته حتى يخيِّر سائر الورثة، وليس عليه دين، ولو باع المُضَارِب مال المُضَاربة ممن لا تجوز شهادته له، وحابىٰ فيه قليلاً، لا يجوز بيعه، ولا يجعل ذلك عفواً.

وكذلك الوَصِيُّ لو باعه من هؤلاء وحابىٰ فيه قليلاً، ولو باع بمثل قيمته جاز، بخلاف الوكيل إذا باع ممن لا تجوز شهادته له بمثل قيمته، لم يجز في قول أبي حنيفة؛ لأن بناء المضاربة والوصاية على العموم، فجاز بيعه من هؤلاء، إلا إذا تحققت التهمة [بالمحاباة][3]، وبناء الوكالة على الخصوص، وكذلك العبد المأذون إذا باع من مولاه وعليه دين، وحابىٰ قليلاً، لم يجز.

= نوعين: الغبن الذي لا يتغابن الناس فيه: وهو ما لا يدخل تحت تقويم المقوِّمين.
والغبن بما يتغابن الناس فيه: وهو ما يدخل تحت تقويم المقوِّمين. انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٨٢، ٢٨٤؛ خزانة الفقه ص٩٩؛ الهداية ٣/ ١١٤٣.

(١) المُحَاباة: من حابا يحابي حباءً: اختصاص الشخص بشيء دون غيره من أقرانه.
أو المسامحة في البيع بزيادة المشتري شيئاً على الثمن، أو حطّ البائع شيئاً منه. انظر: معجم لغة الفقهاء (حابى).

(٢) انظر: شرح المختصر ٣/ ٢٨١؛ الهداية ٣/ ١١٤٢، ١١٤٣.

(٣) في أ (بالمجازاة)، والمثبت من م.

وأما الوجه الذي لا يجوز حتى يكون خيراً لليتيم: فهو الوَصِيُّ إذا باع ماله من اليتيم أو اشترىٰ له: / فهو على الاختلاف الذي ذكرنا. [١٧٥-ب]

[الوَكَالَةُ بِالبَيْعِ مُقَيَّداً]

ولو كانت الوكالة بالبيع مقيداً، يراعىٰ فيها القيد بالإجماع، فإذا خالف قيده لم ينفذ، وتتوقف على إجازة الموكل، إلاّ أن يكون خلافه إلى خير، فإنه يجوز، نحو أن يوكله ببيع عبده هذا بألف درهم، فباعه بألف فأكثر نفذ، وإن باعه بأقل من ألف لم ينفذ، وكذلك لو باعه بغير الدراهم لم ينفذ، وإن كانت قيمته أكثر من ألف درهم.

ولو وكّله بالبيع بألف عاجلة، فباعه بألف مؤجلة، لم يجز، ولو وكله بالبيع بألف نسيئة فباعه بألف حَالَّةً، جاز البيع؛ لأنه خالف إلى خير.

وكذلك الوكالة بالشراء على هذا التفصيل، ولو وَكَّلَه بأن يشتري له جارية يطؤها، أو قال: أتخذها أم ولد، فاشترىٰ له جارية رتقاء، أو أخته من الرضاعة، أو ذات رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه، أو مجوسية، لا يجوز الشراء على الموكل، وينفذ على التوكيل؛ لأنه خالف القيد.

والأصل: أن المطلق يجري على إطلاقه حتى يخصصه عُرْف أو شرط، والمُقَيَّدُ يراعىٰ فيه قيده إلا فيما لا يفيد اعتباره.

[المِقْدَارُ الَّذِي يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ]

قال: (**والمقدار الذي يتغابن الناس في مثله: نصف العشر أو أقلّ منه**)(١).

وإن كان أكثر من نصف العشر، فهو مما لا يتغابن الناس فيه، [كذا اعتبر محمد

---

(١) مختصر الطحاوي ص١١١.

في الجامع في أبواب الزكاة، وروي عن نصر بن يحيىٰ أنه قال: قدر ما يتغابن الناس فيه] من العروض ده نيم، وفي الحيوان ده يازده، وفي العقار ده دوازده[١].

[التَّوْكِيلُ بِابْتِيَاعِ البَعْضِ أَو الجُزْءِ]

(ومن وكَّلَ بابتياع عبده فابتاع نصفه له، أو ما سواه من أجزائه، [فإنه لا] يلزم الآمر)[٢] ولزم الوكيل دون المُوَكِّل، [فإن ابتاع باقيه قبل الخصومة، لزم الآمر موكله عند علمائنا الثلاثة، وفي قول زفر: يلزم الوكيل دون الآمر][٣]، ولو اختصم الموكل والوكيل إلى القاضي قبل أن يشتري الوكيل الباقي، وألزم القاضي الوكيل، ثم إن الوكيل اشترىٰ الباقي بعد ذلك، يلزم الوكيل في قولهم جميعاً؛ لأن هذا في تبعيضه مضرة.

وكذلك هذا الحكم في جميع الأشياء التي في تبعيضها مضرة، ويكون التبعيض فيها عيبـاً: كالعبد، والأمة، والدار، والثوب وما أشبه ذلك.

ولو وكله بشراء شيء ليس في تبعيضه مضرة ولا عيب، فاشترىٰ بعضه لزم الآمر، سواء اشترىٰ الباقي أو لم يشتر، [نحو أن وكّله بشراء كُرٍّ من حنطة بمائة درهم، فاشترىٰ نصف الكر بخمسين درهمًا، لزم الآمر،][٤] وكذلك لو وكله بشراء عبدين، فاشترىٰ له أحدهما لزم الآمر في قولهم جميعاً، وكذلك لو وكله بشراء جماعة من العددي، فاشترىٰ واحداً منها لزم الآمر.

ولو وكّله ببيع عبده فباع نصفه أو جزءاً منه معلومـاً، جاز بيعه في قول أبي حنيفة، سواء باع الباقي منه أو لم يبع، وعندهما: لا يجوز [بيع] بعضه إلا أن يبيع

---

(١) الأعداد بالفارسية: (ده نيم: عشرة ونصف)، (ده يازده: عشرة إحدىٰ عشرة)، (ده دوازده: عشرة اثنتا عشرة).

(٢) مختصر الطحاوي ص ١١١.

(٣) ما بين المعقوفتين زيدت م.

(٤) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

الباقي، فحينئذٍ يجوز [بيعه] فيما جعلاه كالشراء، وأبو حنيفة فرّق [بينهما] بناءً على مذهبه: أن الوكالة بالبيع المطلق يراعىٰ فيه العموم، وفي الوكالة بالشراء يعتبر القيد بالعرف، ولا يجوز لفظه على العموم، وكذلك الاختلاف في كل شيء في تبعيضه مضرة ويكون تشقيصه عيباً.

وأما لم يكن التبعيض فيه عيباً كالكيلي والوزني والعددي المتفاوت، فإذا وكَّلَه ببيعه فباع بعضه، جاز في قولهم جميعاً

وكذلك إذا وكَّله ببيع جماعة من العددي المتفاوت فباع واحداً منها، جاز البيع في قولهم جميعاً.

[بَيْعُ الوَكِيل الشيءَ نَسِيْئَةً]

قال: (**وجائز لمَنْ وُكِّلَ ببيع شيء، ولم يُسَمَّ له نقد ولا نسيئة: [له] أن يبيعه نسيئة في قولهم جميعًا**)(١).

أما على قول أبي حنيفة: فإنه لا يعتبر العرف في الوكالة بالبيع مطلقًا، وعلى قولهما: يجوز؛ لأن البيع نسيئة متعارف فيما بين الناس.

ولو باعه بأجل لا يتعارف مثله في العرف والعادة، جاز في قول أبي حنيفة، وعندهما: لا يجوز.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: إذا بَيَّنَ للوكيل(٢) وقت التوكيل خاصة إلى ثمنه، نحو أن يقول: بع [عبدي لأقضي] ديوني، أو لأشتري بثمنه طعامًا لأهلي، أو ما أشبه ذلك، فإذا باعه الوكيل نسيئة، لم يُجْزِهِ.

---

(١) وفي المختصر (... في قول أبي حنيفة ومحمد، وهو قول أبي يوسف القديم) ص١١٠، وكذا في الشرح.
(٢) في م: (الموكل).

وثلاث مسائل بعد هذا، ذكرنا إحداها في أول كتاب الوكالة: وهي أن الوكيل وَكَّلَ غيره، ومسألتان ذكرناهما في كتاب / البيوع: وهي أن من اشترىٰ [١٧٦-أ] لرجل شيئًا بغير أمره، أو باع عبد الغير [بغير] أمره، فاستغنيا عن إعادتهما.

[بَيْعُ الوَكِيْلَيْنِ]

قال: (**وإذا وَكَّل رجلٌ رجلين ببيع عبدٍ أو بابتياعه، ففعل أحدهما دون الآخر، لم يجز حتى يجيز الموكل أو الوكيل الآخر**)[١].

الأصل في هذا: أن الوكيلين في المبادلة إذا تولىٰ أحدهما [المبادلة دون صاحبه]، لم يجز [ولم ينفذ] حتى يجيزه الموكل أو الوكيل الآخر، ولا يجوز فعل أحدهما؛ لأن المبادلة فيما يحتاج إلى الرأي والمشورة، وهو قد رضي برأيهما ولم يرض برأي أحدهما، وذلك كالوكيلين بالبيع أو بالشراء [على السواء]، سواء كان الثمن مسمىٰ أو لم يكن، والوكيل الآخر غائب أو حاضر، إلا أن في الشراء ينفذ عليه ولا يتوقف؛ لأن الشراء إذا وجد نفاذاً على العاقد، فإنه ينفذ ولا يتوقف، بخلاف البيع أنه يتوقف على إجازة الموكل أو الوكيل الآخر، وكذلك الوكيلان [بالتزويج][٢]، [والكتابة، والعقد، والخلع على مال، إذا فعل أحدهما؛ فإنه لا يجوز حتى يجيزه الموكِّل أو الوكيل الآخر].

وأما الوكيلان بالعتق على غير مال، أو بالطلاق على غير مال، فلأحدهما أن ينفرد[٣]، وكذلك الوكيلان بالخصومة، لأحدهما أن يخاصم إلاّ أنه إذا انتهىٰ إلى قبض المال، فلا يجوز قبض أحدهما حتى يجتمعا عليه؛ لأن الخصومة فيما لا يتأتىٰ فيه الاجتماع، والقبض مما يتأتىٰ فيه الاجتماع.

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١١٢.

(٢) في أ (بالفروع)، والمثبت من م.

(٣) في م (أن يعتق ويطلق).

وكذلك لو وكّل اثنين بتسليم ما وهب إلى الموهوب له، وسَلَّم أحدهما صحت الهبة، وكذلك لو وَكَّلَهما بقضاء الدَّيْن وسَلّم إليهما المال، فقضاه أحدهما جاز[١].

وأما الوصيان فليس لأحدهما التصرف [إلا بإذن] من صاحبه في قول أبي حنيفة ومحمد، كالوكيلين بالبيع، إلّا في أشياء معدودة[٢] نذكرها في كتاب الوصايا، وفي قول أبي يوسف: لكل واحد منهما ولاية التصرف على حدة.

ولو دفع ماله إلى [اثنين][٣] مضاربة، فليس لأحدهما الصرف إلا بأمر صاحبه بالاتفاق.

[التَّوْكِيْلُ فِي ابْتِيَاعِ عَبْدٍ مُطْلَقًا]

قال: (**ومن وكَّلَ بابتياع عبدٍ ولم يسم جنساً ولا مالًا، كانت الوكالة [في ذلك] باطلة**)[٤].

اعلم أن الشرط في صحة الوكالة في الرقيق أحد أمرين: إما بيان جنس الرقيق، وإما بيان الثمن، فإذا لم يبيّن واحداً منهما، لا تَصِحّ الوكالة.

أما بيان الجنس: فهو أن يذكر نوعاً منه: كالهندي، أو التركي، أو السندي وما أشبه ذلك.

وأما بيان الثمن وهو أن يقول: اشتر لي عبداً بألف درهم، وإذا اشترىٰ الوكيل عبداً بالثمن المُسَمَّىٰ، وقيمته مثل الثمن أو أكثر أو أقلّ قدر ما يتغابن الناس في

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٨٧؛ الهداية ٣/ ١١٤٦.
(٢) في م (معروفة).
(٣) في أ (أمين)، والمثبت من م.
(٤) مختصر الطحاوي ص١١٢.

مثله، جاز للموكل، وإن كان بخلافه نفذ عليه دون الموكل[١].

ولو اشترىٰ له عبداً بنصف المسمىٰ، فإنه ينظر: إن كانت قيمة العبد تبلغ جميع المسمىٰ من الثمن أو أكثر أو أقل قدر ما يتغابن الناس فيه، جاز الشراء على الموكل، وإن كانت قيمته تبلغ نصف الثمن الذي اشتراه به لا يلزم الآمر؛ لأنه خالف إلى شراء؛ لأنه أمره بشراء عبد يساوي ألف درهم، وقد اشترىٰ عبداً يساوي خمسمائة.

[التوكيل بابتياع دابة]

ولو وكَّله بابتياع دابة، أو بابتياع ثوب، وسَمَّىٰ له الثمن أو يسم، فإن التوكيل باطل؛ لأن اسم الدابة يقع على أجناس مختلفة: [على الحمير، والبغال وغيرهما]، وكذلك اسم الثوب يقع على أجناس [مختلفة]: ثوب قطن، وثوب كتان، وثوب ديباج وغيرها، فما لم يُبَيِّنْ جنساً منها، لا يجوز التوكيل[٢].

ولو سمىٰ وقت التوكيل حماراً، فإن التوكيل صحيح بَيَّنَ له الثمن أو لم يُبَيِّنْ، وإن اشترىٰ الوكيلُ حماراً بمثل قيمته، أو بأقل أو بأكثر قدر ما يتغابن الناس في مثله، جاز على الموكل إذا كان الحمار بحال يشتري مثله للموكل، وإن كان بحال لا يشترىٰ مثله للموكل، فإنه يلزم الوكيل، وإن اشتراه بمثل قيمته نحو: أن يكون مكاريًا[٣] فوكَّل آخر بشراء حمار [له للعمل والحمل، فاشترىٰ له حمارًا مصريًا يصلح للركب دون العمل؛ لا يلزم الموكل؛ لأن حال موكله خصّ أمره، فإن لم

---

(١) انظر المسألة: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٨٨، ٢٨٩.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١١٢.

(٣) (والمُكاري من الكِراء: الأجرة، وهو في الأصل: مصدر كارىٰ، ومنه المُكاري -بخفيف الياء-). المغرب (كرى).

[١٧٦-ب] يبين له ثمنًا][١]، فاشترىٰ له حمارًا بالمسمىٰ من الثمن وقيمته / مثل الثمن، أو أكثر أو أقل قدر ما يتغابن الناس [في مثله]، جاز على الآمر، وإن كان بخلاف ذلك، جاز على الوكيل.

وإن كان اشترىٰ له حماراً ببعض المسمىٰ، فالجواب فيه كما ذكرنا في التوكيل بشراء العبد وبَيَّنَ الثمن.

وكذلك الحكم لو بيّن له وقت التوكيل: فَرَساً، أو بغلاً، أو بعيراً صَحَّ التوكيل بَيَّنَ الثمن أو لم يُبَيِّنْ.

وكذلك لو بَيَّن له وقت التوكيل في الثوب جنساً: كالهروي وما أشبه ذلك، فحينئذٍ صحَّ التوكيل على ما ذكرنا.

ولو عمم الوكالة فيهما، أي الثوب والدابة صَحَّ التوكيل، وإن لم يبين جنساً منها، نحو أن يقول لرجل: اشترِ لي بألف درهم أيّ ثوب شئتَ، [أو اشترِ دابة، أي: أيَّ دابة شئت]، أو ما يتيسر عليك منها، فصار حكمه حكم البضاعة والمضاربة: أن يصح، وإن لم يبين نوعاً منها؛ لما أمر به، وفوض إليه الأمر، كذلك هاهنا[٢].

[الوكالة عامة وخاصة]

والأصل أن الوكالة على ضربين: عامة، وخاصة:

فالعامة: أن يُفَوِّض إليه الأمر.

والخاصة: أن لا يفوض [الأمر] إليه.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من م، وهي ساقطة من أ، وهكذا في سائر ما وضع بين المعقوفتين.
(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٩٠.

وبيان الجنس شرط لصحة الوكالة الخاصة، وليس بشرط [لصحة][1] الوكالة العامة، وبيان الوصف لا يشترط فيهما [جميعًا]، ولو وكّله بشراء دار ولم يسم ثمنها ولا عين الدار، فإن التوكيل لا يصح، ولو بَيَّنَ له الثمن ولم يعين الدار فالتوكيل صحيح، ويقع على دور المصر الذي وقعت فيه الوكالة، [لا على دور] ما سواه من الأمصار.

[وروي عن أبي يوسف أنه قال: لا تصح الوكالة ببيان الثمن، حتى يبيّن مصرًا من الأمصار][2].

ولو [عين][3] الدار صَحّ التوكيل، [والشرط في هذا]: إما بيان الثمن، وإما بيان الدار، على ما ذكرنا في الرقيق.

ولو وكّله بشراء حنطة أو بشراء دُهْن، فالشرط فيه: إما بيان الثمن، أو بيان قدر المثمن، فإذا بَيَّنَ أحدهما جاز.

ولو وكله بأن يشتري له جوهراً لا يجوز إن لم يسم له ثمناً؛ لأنه مجهول جهالة فاحشة، وإن بين الثمن جاز، ويصير معلوماً ببيان الثمن به[4].

---

(١) في أ (لبيان)، والمثبت من م.
(٢) مختصر الطحاوي ص١١٢.
(٣) في أ (عمم)، والمثبت من م.
(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص١٠٨ - ١١٢؛ شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٣/ ٢٦٣ وما بعدها.

فهرس الموضوعات